

**LA PROTECTION
DES
ENFANTS NÉS D'UN PREMIER MARIAGE
ET
L'ACTION EN RETRANCHEMENT**

Étude théorique et pratique

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le 25 Novembre 1929

PAR

M. P. MAGUET

Président : M. CAPITANT, Membre de l'Institut, Professeur.

Suffragants : M. RIPERT, Professeur.

M. ROUAST, Professeur.

— 308 —

ALBERT ARNAUD

IMPRIMEUR-ÉDITEUR

49, Rue de Maubeuge

PARIS

1929

**La protection des enfants nés d'un premier mariage
et l'action en retranchement**

**LA PROTECTION
DES
ENFANTS NÉS D'UN PREMIER MARIAGE
ET
L'ACTION EN RETRANCHEMENT**

Étude théorique et pratique

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le 25 Novembre 1929

PAR

M. P. MAGUET

Président : M. CAPITANT, Membre de l'Institut, Professeur.

Suffragants : M. RIPERT, Professeur.

M. ROUAST, Professeur.



ALBERT ARNAUD

IMPRIMEUR - ÉDITEUR

49, Rue de Maubeuge

PARIS

1929

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.



La protection des enfants nés d'un premier mariage et l'action en retranchement

SOMMAIRE

INTRODUCTION

- I. — Préliminaires.
- II. — Des avantages autres que les donations résultant, pour l'un des époux, des conventions matrimoniales.
- III. — L'esprit du Code civil en matière de remariage.

PREMIERE PARTIE

ETUDE THÉORIQUE DES ART. 1.098, 1.496 ET 1.527 C. CIV.

CHAPITRE PREMIER..— *De la faculté de disposer envers un second époux.*

- § I. — De la quotité disponible entre époux en cas d'existence d'enfant d'un précédent mariage.
- § II. — De l'époque qu'il faut considérer et des enfants qui comptent pour le calcul du disponible entre époux en présence d'enfants d'un précédent mariage, ou des conditions d'ouverture de l'action en réduction de l'article 1.098 du Code civil.

§ III. — De ceux qui peuvent exercer l'action en réduction et en profiter.

- a) De la qualité des enfants qui peuvent exercer l'action ;
- b) Des conditions d'exercice de l'action et de ceux qui en bénéficient ;
- c) Du moment de l'ouverture de l'action ;
- d) Du retranchement à retardement et de l'effet du retranchement à l'égard des tiers.

CHAPITRE DEUXIÈME. — *Des textes qui tendent à assurer le respect de la restriction de disposer envers un second époux, quand il y a des enfants d'un premier mariage.*

§ I. — Les articles 1.496 et 1.527 dans leur principe et leurs conséquences.

§ II. — Des hypothèses dans lesquelles apparaît un avantage sujet à retranchement.

Section I. — De la non-influence de l'intention libérale.

Section II. — Des avantages sujets à retranchement que l'on peut rencontrer dans une communauté légale.

Section III. — Des avantages sujets à retranchement que l'on rencontre par suite de stipulations conventionnelles.

Tout particulièrement :

- a) Du partage des économies ;
- b) De l'abandon des revenus, à son mari, par une femme dotale ou séparée de biens ;
- c) Des clauses de prélèvement et des legs d'option ;

d) De la renonciation à la communauté par une femme ayant des biens réservés en vertu de la loi du 13 juillet 1907.

§ III. — Des moyens de preuve de l'avantage. Des libéralités antérieures au mariage et non contenues dans le contrat de mariage.

DEUXIEME PARTIE

DES MODES DE CALCUL ET DE LIQUIDATION

EN CAS D'APPLICATION

DES ARTICLES 1.098 ET 1.496 OU 1.527 DU CODE CIVIL.

PRÉLIMINAIRES.

§ I. — De la détermination de l'importance de l'avantage fait au nouveau conjoint :

Section I. — Cas général; évaluation des valeurs confondues ; biens confondus non représentés; succession mobilière et immobilière échue au cours du mariage. Exemples.

Section II. — Cas où la communauté présente un actif net inférieur aux valeurs confondues ; la règle proportionnelle que nous proposons.

§ II. — Des difficultés de liquidation rencontrées :

Section I. — Des biens sur lesquels se calcule le disponible spécial de l'article 1.098 et de l'imputation de l'avantage sur la quotité disponible. Ordre à observer pour la réduction.

Section II. — De l'application des règles non-cumul et du concours des quotités disponibles. Exemples de liquidation.

CONCLUSION

INTRODUCTION

INTRODUCTION

I

PRÉLIMINAIRES.

Jamais les remariages n'ont été plus fréquents, et la présence d'enfants nés d'unions différentes n'est pas chose rare.

Or, depuis qu'il y a des législateurs, ceux-ci ont coutume de considérer comme en danger les intérêts des enfants nés d'un premier lit en cas de remariage de leur auteur, et d'estimer qu'il y a lieu de sauvegarder leur intérêts pécuniaires contre ceux du nouveau conjoint.

Sans vouloir examiner maintenant la justesse de cette manière de voir qui est discutable, et réservant pour la conclusion de cette étude l'analyse de la valeur et de l'effet réel des mesures de protection que l'on peut prendre en cette matière, nous constaterons seulement, pour l'instant, que l'histoire et l'expérience enseignent que l'influence du second conjoint tend à s'exercer souvent à son profit ou au profit de ses propres enfants; et qu'il n'est pas rare de rencontrer des seconds et ultérieurs mariages qui ont nui aux intérêts matériels des enfants d'une précédente

union. L'on pourrait citer des cas anciens et scandaleux, tel celui de dame d'Aligre, et aussi des cas récents, dans lesquels les enfants d'un premier lit se sont trouvés dépouillés par le nouveau conjoint de leur auteur.

Rien donc de surprenant que le Code Civil français adopte le principe de l'Ancien droit ⁽¹⁾ et assure, théoriquement, la protection des enfants nés de premiers mariages.

Deux catégories de mesures de sauvegarde ont été créées :

1^o) Une quotité disponible spéciale et restreinte pour un nouvel époux, celle de l'article 1.098 du Code civil.

2^o) Et les articles 1.496 et 1.527 du même code rendant possible la réduction — « le retranchement » —, des avantages matrimoniaux pouvant résulter du ré-

(1) Notre législation s'inspire de l'Edit de secondes nocces de 1560, lequel lui-même est un reflet des constitutions impériales figurant dans le Code de Justinien au titre « De Secundis nuptiis », livre III, titre 9. L'Edit de 1560, provoqué par le Chancelier de l'Hôpital, posait les deux règles principales suivantes :

1^o les veuves (la jurisprudence avait étendu cette règle aux veufs), qui convolent en secondes nocces ne peuvent donner au nouvel époux au delà de la portion attribuée à l'enfant le moins prenant.

2^o et les veuves se remariant sont tenues de réserver aux enfants de leur précédent mariage les biens qu'elles ont pu recevoir de leur défunt mari. Il y avait là une sorte de substitution fidéicommissaire au profit des enfants du mariage précédent. Cette dernière règle, qui créait des inégalités entre les enfants du même père ou de la même mère, était peu conforme à l'esprit du législateur de 1804 (art. 745 et 896 du C. civ.). Elle a été abandonnée par notre Code civil, mais figure dans le code espagnol actuel.

Sur l'historique de la protection des enfants nés du premier lit, on peut consulter une étude étendue de M. Javaux (thèse Paris 1914).

gime de la seconde union, lorsque ces avantages dépassent la quotité disponible dudit article 1.098.

L'objet de cette étude est la protection des enfants nés d'un premier lit contre les libéralités faites au second époux, l'action en retranchement et son application pratique. Nous examinerons spécialement des cas concrets récents pour lesquels la jurisprudence est indécise ou ne s'est pas encore prononcée, et qui cependant tendent, par suite des circonstances sociales et économiques qui les font naître, à devenir fréquents.

Au préalable, on va donner un résumé succinct de la question des avantages matrimoniaux et de leur nature juridique, telle quelle est résolue à l'heure actuelle, question qui amène de nombreuses difficultés pratiques en cas de remariages, et qu'il est indispensable d'avoir présente à l'esprit.

II

DES AVANTAGES AUTRES QUE LES DONATIONS RÉSULTANT POUR L'UN DES EPOUX DES CONVENTIONS MATRIMONIALES.

Nous ne parlerons pas ici des avantages en fruits ou revenus (2) pouvant résulter pour le mari, pen-

(2) Voir ci-après (1^{re} partie, ch. II, § II, Section III), nos remarques sur l'avantage pouvant résulter pour le mari de l'application des articles 1.539 et 1.578 du Code civil.

dant le cours du mariage, du régime adopté; et nous distinguerons les régimes de communauté des régimes non-communautaires.

1° Classification par origine.

A) *Régime de communauté.* — On peut classer les avantages de cette catégorie en deux groupes :

1^{er} groupe. — *Avantages résultant de la manière dont a été composée la communauté :*

L'avantage pour un époux peut résulter de l'application des règles sur la composition active et passive de la communauté et de son partage par parts égales.

Cet avantage est fréquent dans la communauté légale quand les apports des époux tombant en communauté sont d'importance inégale ou quand leurs dettes mobilières sont de différente grandeur, puisque le partage de la communauté par parts égales reste toujours appliqué (solution contraire au principe de l'article 1.853 du Code civil en matière de sociétés).

L'avantage de cette nature existe également d'une façon que l'on peut dire constante, même sous un régime de communauté conventionnelle, par exemple réduite aux acquêts, quand la communauté se trouve comprendre les économies réalisées sur les revenus ou des gains provenant, pour la plus forte part, d'un seul des époux.

Un tel avantage peut provenir aussi de stipulations contractuelles parmi lesquelles les clauses créant

un ameublement ou une communauté universelle sont les plus connues.

2^e groupe. — *Avantages résultant de clauses modificatives du partage de la communauté par moitié :*

L'avantage provient alors de clauses stipulant un partage inégal, un forfait de communauté ou un préciput. On peut rencontrer simultanément le cumul d'avantages de la première et de la deuxième série. Nous examinerons plus loin la nature juridique de tels avantages, qui se distinguent des donations.

B) *Régimes sans communauté.* — Sous les régimes non-communautaires, les avantages indiqués ci-dessus ne peuvent se rencontrer. Et, si sous un régime sans communauté, par exemple la séparation de biens, le contrat de mariage stipulait, par analogie avec ce qui est prévu dans le Code civil pour la communauté, que l'un des époux aurait, à la dissolution du mariage, tels avantages ou tels droits sur les biens laissés par l'autre, il faudrait décider (en supposant bien entendu que la stipulation en question ne vise pas les biens dépendant d'une société d'acquêts jointe au régime adopté), qu'une telle clause ne pourrait être distinguée d'une donation véritable ; elle en revêtirait tous les caractères.

Il faut estimer, en effet, en pareille hypothèse, qu'il ne peut être question de conventions de mariage entre associés puisqu'il n'y a pas de biens sociaux ou communs ; et qu'il est dans l'esprit du législateur

de considérer comme une libéralité tout avantage, même provenant d'une convention de mariage, s'il porte sur les biens personnels à l'un des époux.

Mais les contrats de mariage stipulant un régime non-communautaire, même s'ils ne contiennent pas de véritables donations, favorisent souvent la création d'avantages qui se distinguent nettement des avantages rencontrés sous un régime de communauté.

Nous voulons parler des présomptions de propriété insérées dans la plupart des contrats de mariage stipulant une séparation de biens, par exemple celles stipulant que ce qui se trouvera dans telle pièce ou dans tel meuble sera la propriété de l'un des époux.

Ces présomptions de propriété rendent possibles au facilitent des donations qui, bien que déguisées, n'en sont pas moins véritables; et ces clauses sont si intimement liées avec les donations qui en résultent, qu'on est tenté de les confondre avec elles. Bien que ne rentrant pas directement dans l'objet de notre étude, ces présomptions de propriété méritaient d'être signalées, car, pratiquement, la preuve contraire de ce qu'elles indiquent étant souvent impossible à fournir, elles constituent pour celui des époux auquel elles profitent, une arme efficace pour celui qui veut se jouer des règles sur la réserve. Dans tous les cas, les héritiers réservataires, quels qu'il soient, on la ressource de prouver le déguisement de la donation qui peut en résulter, conformément aux règles générales en pareille matière.

*2° Nature juridique des avantages résultant
de l'application des conventions matrimoniales
sous un régime de communauté.*

En laissant de côté pour l'instant le cas de la femme renonçant à la communauté et exerçant un préciput, il faut décider, depuis un arrêt rendu par la Cour de Cassation toutes Chambres réunies le 19 Décembre 1890 (D. 1910-1.417 ; S. 91-1.129), et un arrêt de la Chambre civile du 2 Août 1899 (D. 1901-1.433 (3) ; S. 1900-1.233), que, sauf la présence d'enfant d'un précédent mariage, quelle que soit leur étendue, et même s'ils portent sur des apports tombés en communauté, tous les avantages matrimoniaux ci-dessus classés (conventions de préciput, de partage inégal ou de forfait de communauté, d'attribution totale de communauté....) sont toujours des conventions entre associés qui, par suite, revêtent un caractère absolu de non-gratuité, tant au point de vue civil qu'au point de vue fiscal.

La solution est moins certaine en ce qui concerne le cas de la femme exerçant un préciput malgré sa renonciation à la communauté. La Cour de Cassation

(3) Arrêt sévèrement critiqué au point de vue théorique et historique dans une note de M. Ambroise Colin. Nous approuvons cet arrêt de 1899, car nous n'y trouvons pas une généralisation complète du principe de non gratuité comme le craignait M. Colin. Mais il est vrai, beaucoup d'auteurs veulent lui donner une portée générale, et la décision ci-après rappelée de la Cour de Paris, du 12 avril 1900 en a malheureusement subi l'influence, sur un point cependant tout à fait différent. (Voir ci-après.)

a décidé, en matière fiscale, il est vrai, le 12 Juin 1872 (4), que, par suite de la renonciation de la femme, les biens de la communauté se confondant avec ceux du mari, le préciput prenait alors le caractère d'une libéralité. C'est d'ailleurs en ce sens que se prononce l'Administration de l'Enregistrement qui, en pareil cas, réclame le droit de mutation sur le préciput, comme dans l'hypothèse où, sans renonciation à la communauté, la femme exerce son préciput sur des biens personnels au mari.

Mais il faut noter cependant quelques décisions (Paris 12 Avril 1900 — D. 1903-2.159 ; S. 1904-2.39 ; trib. Civ. Seine 16 Avril 1902 D. 1902-2.239) qui, au point de vue civil, reconnaissent, même dans ce cas particulier, le caractère de non-gratuité au préciput ; quelques auteurs se rangent aussi à cette manière de voir. (V. Planiol et Ripert, t. IX, n° 967 ; Colin et Capitant, t. III, p. 220 ; Revue critique 1927, étude de M. Henri Capitant, p. 32 et suiv.).

Selon nous, malgré les raisons historiques et d'ordre moral invoquées, et aussi malgré l'objection que le caractère juridique de la clause ne peut pas dépendre du parti que la femme sera appelée à prendre, il faut estimer que toutes les fois que la femme prend un préciput sur les biens du mari, soit que ces biens appartiennent originairement à celui-ci, soit même qu'ils ne lui appartiennent que par suite de la renonciation de la femme à la communauté, on est en pré-

(4) D. 72-1-327.

sence d'une libéralité (5). (Aubry et Rau § 529, p. 503 ; Amiaud, T. III, n° 1717 ; L. Maguet, T. I, n° 948) (6).

Il est utile de faire remarquer que, lorsque l'avantage porte à la fois sur des biens de la communauté et sur des biens personnels aux époux, la clause constitue dans son ensemble une libéralité ; car il faut croire qu'une clause de ce genre indique alors clairement une intention libérale ; qu'il y a indivisibilité de l'avantage, et que la partie ayant le caractère de donation, entraîne le caractère de libéralité pour le tout. (Paris, 9 Juillet 1825. - Cass. 28 mars 1854. S. 54 - 1.363 ; Cass. 15 Février 1841. - S. 41 - 1.390).

Ainsi, hormis le cas particulier indiqué, et exception faite de l'hypothèse où l'on rencontre un enfant né d'un précédent mariage, la jurisprudence a généralisé les règles posées par les articles 1.516 et 1.525 du Code Civil (7).

(5) Certains auteurs soutiennent, il est vrai, que la femme, malgré sa renonciation à la communauté (non déficitaire), prend les biens formant son préciput « dans la communauté ». Ce n'est le surplus des biens, dans leur opinion, qui appartient au mari. Et c'est ce qui ferait conserver au préciput le caractère constant de convention entre associés.

(6) Certains auteurs prévoient un revirement de la Cour de Cassation. Nous ne le croyons pas probable, car une solution opposée serait contraire au principe ci-dessus rappelé d'après lequel on doit considérer comme une libéralité tout avantage matrimonial portant sur les biens personnels d'un époux ; la remarque de M. Nast qu'il serait injuste que l'attribution de certains biens à la femme renonçante fut assimilée à une libéralité, alors que l'attribution de toute la communauté au mari par l'effet de la renonciation de la femme, n'est pas considérée par la loi comme une donation, ne semble pas pouvoir faire échec au principe indiqué. (Planiol, Ripert et Nast, T. IX, n° 967.)

(7) Art. 1.516. — Le préciput n'est point regardé comme un avantage sujet aux formalités des donations, mais comme une convention de mariage.

Notons aussi que certains auteurs prétendent que le caractère de non-gratuité des avantages matrimoniaux devrait être admis quels que soient les termes employés dans le contrat de mariage. Ainsi, peu importerait que les parties eussent déclaré se faire « donation » ou qu'elles eussent stipulé que cette « donation » ne serait pas préjudiciable au droit de réserve des enfants à naître du mariage; et il est vrai, en effet, que la Cour de Cassation a décidé plusieurs fois qu'il faut s'en tenir à l'esprit de la clause, et que l'on peut se trouver en présence d'une convention entre associés, même si le mot « donation » est employé ; mais la même Cour s'est prononcée aussi en sens contraire (23 Avril 1849 - S. 49 - 1.66; 7 Décembre 1870. - S. 70 - 1.437). La précision des contrats de mariage modernes fait perdre de l'intérêt à la question.

3° Fondement et conséquences de cette présomption de non-gratuité desdits avantages.

On discute le fondement de cette présomption de non-gratuité. On ne peut certainement pas le trouver, comme le prétendent certains, dans le fait que les

Art. 1.525. — Il est permis aux époux de stipuler que la totalité de la communauté appartiendra au survivant ou à l'un d'eux seulement, sauf aux héritiers de l'autre à faire la reprise des apports et capitaux tombés dans la communauté du chef de leur auteur. Cette stipulation n'est point réputée un avantage sujet aux règles relatives aux donations, soit quant au fond, soit quant à la forme, mais simplement une convention de mariage, et entre associés.

droits de réserve des enfants, héritiers présomptifs des deux époux, ne s'en trouveront pas lésés, puisqu'ils seront probablement appelés à recueillir, dans la succession du survivant, ce dont ils auront été privés lors du décès du prémourant : ceci est souvent inexact et ne constitue pas une explication juridique.

On soutient aussi qu'il ne peut être question de « donation » en cette matière, car, en faisant des conventions de mariage, les futurs époux n'ont jamais l'esprit de lucre, mais seulement celui d'établir les bases d'une famille et d'une association, ce qui est parfois vrai.

Selon nous, il faut voir dans la solution du Code, généralisée par la jurisprudence, un cas nouveau de la bienveillance du législateur en faveur du mariage, qui est une institution à favoriser, et l'idée qu'il est utile aux époux d'interdire en principe toute recherche ou appréciation de leurs intentions. C'est ce qu'avait déjà exprimé Pothier (8).

Les conséquences de cette manière de voir sont importantes : L'attribution de l'avantage n'entraîne aucune mutation de propriété; l'époux bénéficiaire le recueille sans avoir à payer de droits de mutation ; la valeur de l'avantage, n'étant pas une donation, ne doit pas intervenir dans le calcul de la quotité disponible. Cette dernière conséquence et particulièrement

(8) On peut rapprocher ce fondement de celui inspirant les décisions judiciaires concernant les cas d'ouverture de l'action paulienne en matière de dot constituée pendant la « période suspecte » d'un commerçant mis en faillite.

grave. Elle peut permettre aux époux de faire pratiquement échec aux droits de leurs héritiers réservataires : ainsi, en présence d'une communauté universelle et d'une stipulation d'attribution totale de la communauté, portant même sur les apports des époux, les enfants du mariage peuvent n'avoir absolument rien à recueillir dans la succession du premier mourant.

III

L'ESPRIT DU CODE CIVIL EN MATIÈRE DE REMARIAGE

Les avantages ci-dessus analysés peuvent se rencontrer dans les premières noces comme dans les suivantes.

La loi laisse toujours, en effet, aux futurs époux la liberté des conventions matrimoniales, pour les premières unions comme pour les subséquentes; mais elle n'admet pas, dans le second cas, pour les avantages en résultant, le caractère de conventions entre associés qui vient d'être rappelé et les conséquences qui en résultent, lorsqu'il existe des enfants d'un lit précédent.

Nous avons dit, au début de cette introduction, que la loi entendait protéger les intérêts des enfants nés d'une précédente union contre les intérêts du nouvel époux. Outre la quotité disponible réduite de l'article 1.098 du Code Civil, elle fait des enfants d'un premier mariage une catégorie spéciale d'héritiers réservataires. Vis-à-vis d'eux, les avantages ma-

trimoniaux que leur auteur a pu faire à son second conjoint perdent le caractère de convention entre associés pour prendre celui d'une libéralité susceptible de réduction. C'est ce qui est exprimé par les articles 1.496 et 1.527 du Code Civil (9).

Or, de tels avantages matrimoniaux, frappés de réduction, — de « retranchement », — par ces articles, se rencontrent souvent: d'abord pour les raisons sociales rappelées au début de cette étude; et aussi parce que les candidats au remariage pensent parfois, — ou le législateur de 1804 pense encore pour eux, — insouciant des complications qui vont naître, qu'une communauté (régime idéal des bons époux et des premières noces) est un fétiche de bonheur dont on doit se munir indispensablement au début de toute union, même nouvelle, pour la voir infailliblement heureuse.

Ainsi se trouvent en présence et étroitement unies des règles opposées : D'une part, les règles de la communauté qui, si elle est légale, fait le mélange des patrimoines mobiliers des époux ; d'autre part,

(9) Article 1.496 ... « si toutefois la confusion du mobilier et des dettes opérât au profit de l'un des époux un avantage supérieur à celui qui est autorisé par l'article 1.098, les enfants du premier lit de l'autre époux auront l'action en retranchement.

Article 1.527 ... « néanmoins, dans le cas où il y aurait des enfants d'un précédent mariage, toute convention qui tendrait dans ses effets à donner à l'un des époux au delà de la portion réglée par l'article 1.098, sera sans effet pour tout l'excédent de cette portion; mais les simples bénéfices résultant des travaux communs et des économies faites sur les revenus respectifs, quoique inégaux, des deux époux ne sont pas considérés comme un avantage fait au préjudice des enfants du premier lit.

l'analyse possible de ce mélange, s'il doit faire apparaître un avantage défendu. On voit que le législateur de 1804 a des vues de chimiste : synthèse et analyse sont à la fois prévues ; mais les fortunes des époux ne demeurent pas en vase clos ; l'ordre et la méthode y font souvent défaut.

Et l'analyse sera délicate ou impossible.

Ainsi, rien dans la loi qui puisse être considéré comme une entrave directe à la liberté de se remariar autant de fois que cela peut sembler agréable ⁽¹⁰⁾.

Rien dans notre Code Civil qui indique la défaveur du législateur pour les unions nouvelles ⁽¹¹⁾ ou qui vienne diminuer le principe de la liberté des conventions matrimoniales.

Mais des dispositions qui montrent que les intérêts des enfants des premiers mariages ne sont pas perdus de vue. Et si le législateur laisse la liberté aux époux, c'est en prévoyant et en redoutant qu'ils vont en faire un mauvais usage et oublier leurs devoirs envers leurs enfants déjà nés.

(10) Rien dans notre législation qui puisse rappeler les décisions de l'Empereur Constantin Porphyrogénète qui défendait aux citoyens de contracter une quatrième union, ou celles d'Henri III qui châtiait, dans l'ordonnance de Blois, les veuves épousant leur valet. Rien non plus de semblable aux règles de l'Inde ancienne où le corps du prince mort était brûlé avec celui de sa femme vivante. Les Hindous avaient une idée plus haute de la communauté que notre Code civil !

(11) Le dernier alinéa de l'article 767 du Code civil qui stipulait, en cas de nouveau mariage, la suppression de l'usufruit légal du conjoint survivant, a été abrogée dès le 3 avril 1917, aussitôt que les remariagés des veuves de guerre devinrent fréquents.

Et la loi vient paralyser dans certains de leurs effets les conventions matrimoniales qu'elle a librement laissé prendre.

Tel est l'esprit du Code Civil en matière de remariage.

Cet ouvrage aura deux parties : Dans une première partie, nous ferons l'étude théorique des articles 1.098, 1.496 et 1.527 du Code Civil et des difficultés qu'ils soulèvent.

Puis, nous envisagerons l'application pratique de ces dispositions ; en particulier les modes de calculs et de liquidation qui nous semblent devoir être adoptés. Ce sera l'objet de la deuxième partie.

Nous terminerons par quelques remarques critiques sur l'ensemble du sujet traité.

PREMIÈRE PARTIE

**Étude théorique des articles 1.098, 1.496
et 1.527 du Code civil**

CHAPITRE PREMIER

De la faculté de disposer envers un second époux.

§ I. — DE LA QUOTITÉ DISPONIBLE ENTRE ÉPOUX EN CAS D'EXISTENCE D'ENFANT D'UN PRÉCÉDENT MARIAGE.

I. — Aux termes de l'art. 1.094 du Code Civil, un époux peut disposer au profit de son conjoint, en présence exclusivement d'enfants nés de son mariage, et quel qu'en soit le nombre, du quart de ses biens en toute propriété, et d'un autre quart en usufruit (ou, à son choix, de l'usufruit de la moitié de ses biens).

Ce disponible reste identique si le disposant est marié en premières ou ultérieures noces, à la seule condition qu'il n'existe pas à son décès d'enfant né d'une union précédente venant à sa succession.

Mais cette règle change en présence de tels enfants (1) : l'époux ne peut plus alors donner à son

(1) Art. 1.098. — L'homme ou la femme qui, ayant des enfants d'un autre lit, contractera un second ou subséquent mariage, ne pourra donner à son nouvel époux qu'une part d'enfant légitime, le moins prenant, et sans que dans aucun cas, ces donations puissent excéder le quart des biens.

nouveau conjoint « qu'une part d'enfant légitime le moins prenant » (2) sans que ces libéralités (3) puissent excéder le quart de ses biens.

La loi fixe donc une quotité disponible plus restreinte en présence d'enfants d'un précédent mariage, et elle en prévoit la variation avec le nombre d'enfants laissés par le donateur.

Faisons tout de suite apparaître l'importance parfois exagérée de cette restriction : D'après les règles que nous venons de rappeler, l'époux remarié pourra laisser à son nouveau conjoint (4) le quart de sa succession s'il laisse un, deux ou trois enfants (dont un au moins d'une union précédente) ; le cinquième s'il en laisse quatre (5) ; le sixième s'il en laisse cinq, et ainsi de suite, *sans limitation* ; de sorte que si le disposant laisse 10 enfants, la quotité disponible ne sera plus que du onzième de la succession, ce qui re-

(2) Voir ci-après la section II de ce paragraphe sur ce qu'il faut entendre par « enfant le moins prenant ».

(3) Nous envisagerons en détail, dans le chapitre suivant, ce qu'il faut entendre par libéralités.

(4) En supposant que les enfants appréhendent la succession chacun par parts égales, aucun n'ayant été avantagé par préciput et hors part (l'hypothèse contraire sera examinée ci-après dans la section II de ce paragraphe).

(5) Pratiquement, quand le défunt laisse plus de trois enfants, pour calculer la quotité de biens que peut recueillir le nouveau conjoint dans la succession du disposant, on ajoute une unité au nombre d'enfants laissés par ce dernier ; ainsi, si le défunt laisse 6 enfants, l'époux survivant pourra recueillir la (6+1)^e partie de la succession, soit le septième ; cette fraction représente exactement une part d'enfant : dans notre hypothèse, en effet, les six enfants se partagent les 6 autres septièmes ce qui fait bien 1/7 pour chacun d'eux.

vient à dire, en pareil cas, que la loi empêche de disposer efficacement au profit du second conjoint (6).

Montrons par l'exemple suivant comment la restriction du disponible pour le nouvel époux peut donner des résultats étranges.

M. Durand, veuf et marié en secondes noces, décède laissant : sa seconde femme, cinq enfants nés de son premier mariage, quatre du second. Sa succession s'élève à 200.000 francs.

Quelques dispositions qu'il ait prises, son épouse ne pourra jamais recueillir plus que *le dixième* de sa fortune (art. 1.098), c'est-à-dire 20.000 francs,

Mais M. Durand aurait pu instituer un légataire universel, une étrangère par exemple, qui recueillerait alors le quart de ses biens (art. 913, C. Civ.), soit cinquante mille francs ou près de trois fois plus de ce qu'il aurait pu donner à son épouse.

Les enfants du premier lit sont vraiment bien protégés contre la nouvelle femme légitime de leur père ! Dans notre exemple, si les neuf enfants étaient tous nés du second mariage, ou si M. Durand ne s'était marié qu'une fois, il aurait pu laisser à sa veuve (art. 1.094 du C. C.), un quart en toute propriété et un autre quart en usufruit, c'est-à-dire :

50.000 fr. en toute propriété,

50.000 fr. en usufruit.

(6) Les enfants renonçants ou indignes ne font pas nombre pour le calcul de la part dont il s'agit, contrairement à ce qui aurait lieu pour le calcul de la réserve établie par l'article 913 ; il s'agit ici simplement de la détermination de la part d'enfant. Cette remarque est importante. (V. Aubry et Rau ; et Colin et Capitant. T. III, p. 753.)

Ainsi apparaît nettement la méfiance avec laquelle le législateur considère les seconds conjoints.

II. — Nous venons de supposer que les enfants du disposant appréhendent sa succession par parts égales; mais les droits du nouveau conjoint peuvent être inférieurs à ceux qui viennent d'être indiqués, car la loi ne lui accorde jamais qu'une part d'enfant le moins prenant. Que faut-il entendre par cette expression ?

Le législateur envisage le cas où l'un des enfants recueille dans la succession de son auteur une libéralité faite par préciput et hors part, et il décide alors que le nouvel époux ne peut pas recueillir plus que ce que reçoit l'enfant non favorisé ou le moins favorisé.

Pour liquider les droits des intéressés en pareil cas (7), on déduira le montant des libéralités faites par préciput et hors part de la masse nette de succession (8); le surplus sera ensuite partagé en autant de parts d'enfants plus un (l'époux comptant pour un enfant et prenant une part). Voici un exemple:

X..., veuf et remarié en secondes noces, laisse sa femme et quatre enfants A.B.C.D., nés de deux unions différentes; sa succession s'élève à 210.000 francs. Il a fait à son fils A... un legs par préciput et hors part de

(7) Nous supposons ici, pour simplifier, qu'il n'y a aucune atteinte aux droits de réserve des enfants.

(8) Masse dans laquelle sont compris les rapports s'il y a lieu; mais remarque faite que les droits du conjoint, — légataire ou donataire — ne pourront s'exercer sur les rapports (art. 857, C. civil).

10.000 francs, et son épouse est instituée légataire universelle. Les droits se liquideront de la façon suivante: on déduit de l'actif de succession le legs fait à l'enfant; il reste 200.000 francs qui reviennent à l'épouse pour le cinquième (puisque'il y a quatre enfants) et aux enfants chacun aussi pour le cinquième, soit pour 40.000 francs.

L'enfant A prendra donc $(40.000 + 10.000)$, soit 50.000 francs; B., C. et D auront chacun 40.000 francs.

Et la veuve, légataire universelle, recueillera seulement 40.000 francs.

Sans cette restriction à une part d'enfant le moins prenant, la veuve eut pu recueillir 52.500 fr.; en effet, la quotité disponible de l'art. 913 du Code Civil étant, dans notre exemple, du quart de la succession, soit de 52.500 francs, après le paiement du legs de 10.000 francs, il resterait encore disponible 42.500 francs qui auraient pu revenir à la veuve.

Parfois cependant, et dans une hypothèse bien théorique, les droits du second conjoint pourront être supérieurs à la part de l'enfant le moins prenant.

Nous pensons, en effet, comme le fait observer M. Rafin ⁽⁹⁾, que la part maxima que peut obtenir le nouvel époux est celle à laquelle l'enfant le moins favorisé a droit, et non la part moindre qu'il peut recueillir, en fait, par l'effet de sa volonté.

Voici le cas que nous envisageons : Un père a

(9) M. Emile Rafin « Protection des enfants du premier lit contre les libéralités faites au nouvel époux », chez Giard, Paris, 1899, p. 29.

constitué à un de ses enfants, en avancement d'hoirie, une dot inférieure à sa part de réserve, et au décès du père, l'enfant doté se contente de sa dot et n'agit point en réduction pour compléter ses droits à la réserve ; nous croyons que ce n'est point le montant de la dot de l'enfant, mais le montant de la part de réserve à laquelle il aurait droit, qui déterminera la part maxima que peut recueillir le nouvel époux. Car nous pensons que cette part ne peut dépendre de la volonté d'un enfant, c'est-à-dire par exemple de son abstention à faire valoir ses droits dans la réserve de la succession. Une telle manière de voir rendrait possible une entente frauduleuse entre un enfant et ses frères pour diminuer la part du nouveau conjoint de leur auteur.

Ainsi, imaginons que Monsieur X..., veuf remarié, laisse quatre enfants A. B. C. D. nés des deux lits ; qu'il ait doté A. en avancement d'hoirie d'une somme de 20.000 francs ; qu'il laisse une succession s'élevant à 130.000 francs ; son épouse légataire de la quotité disponible et un de ses enfants, B. par exemple, légataire universel.

La réserve des enfants, dans cette hypothèse, est des trois quarts de la succession, soit, pour chaque enfant de 28.125 francs.

Si l'enfant doté se contente de sa dot de 20.000 francs et ne demande pas le complément de ses droits à la réserve, nous pensons que l'époux pourra recueillir la part d'enfant le moins prenant, telle qu'elle est déterminée par la loi, part minima que cha-

que enfant recueillerait s'il en faisait la demande, c'est-à-dire ici 28.125 francs.

Dans notre hyphothèse on attribuera donc :

A l'enfant doté, par confusion sur lui-même son rapport de dot, soit.....	20.000 fr.
A chacun des enfants C et D.....	28.125 »
	28.125 »
A l'époux 28.125	28.125 »
A l'enfant B. légataire universel, ce qui reste dans la success. (28.125+17.500) =	45.625 »
Total égal à l'actif de la succession	150.000 fr.

Nous accordons donc ainsi à l'époux une somme supérieure à la part réellement recueillie par A., enfant le moins prenant.

Cette hypothèse exceptionnelle peut se présenter quand l'enfant doté veut avantager le légataire universel. Mais les droits du nouveau conjoint de son auteur, dans ce cas, n'en seront pas diminués.

§ II. — DE L'ÉPOQUE QU'IL FAUT CONSIDÉRER ET DES ENFANTS QUI COMPTENT POUR LE CALCUL DU DISPONIBLE ENTRE ÉPOUX EN PRÉSENCE D'ENFANTS D'UN PRÉCÉDENT MARIAGE, OU DES CONDITIONS D'OUVERTURE DE L'ACTION EN RÉDUCTION EN VERTU DE L'ARTICLE 1.098 DU CODE CIVIL :

Nous venons d'indiquer dans le paragraphe précédent la quotité disponible de l'article 1.098 et ses variations.

Déterminons maintenant à quel moment il faut se placer pour examiner le nombre et la nature des enfants dont il faut tenir compte pour calculer ce disponible.

Les termes employés par l'article 1.098 du Code civil (« L'homme ou la femme qui *ayant* des enfants d'un autre lit contractera un second ou subséquent mariage... ») sont ambigus ⁽¹⁰⁾; ils pourraient laisser croire que c'est l'époque du remariage qu'il faut considérer pour voir si l'époux a des enfants d'une précédente union et que, si cette hypothèse s'est trouvée réalisée, il y a lieu à application des règles de l'article 1.098, quels que soient les changements ultérieurs qui ont pu intervenir dans la descendance de l'époux remarié, par exemple le décès ou l'indignité des enfants nés de son union précédente.

Mais on est d'accord pour décider que ce n'est pas une incapacité de disposer que la loi a voulu créer, mais une limitation à un droit successoral et une quotité disponible spéciale qu'elle a entendu instituer. Il faut donc appliquer les principes généraux du droit en cette matière, et admettre que c'est l'époque du décès du disposant qu'il faut considérer pour connaître la quotité de biens dont le défunt a pu ou peut valablement disposer. (En ce

(10) Le code ne dit pas en effet : « L'homme ou la femme, qui, après avoir contracté un second ou subséquent mariage, *laisse* un ou plusieurs enfants d'un autre lit, ou des *descendants d'eux...* ». Cette rédaction ferait disparaître toute équivoque.

sens, notamment, Cassation civile 20 Avril 1880, S. 1881-1-71).

Si donc, à cette date, il n'y a pas ou il n'y a plus d'enfants d'un précédent mariage, c'est l'article 1.094 qui sera appliqué; le nouveau conjoint recueillera les libéralités à lui faites, à quelque date que ce soit, dans les termes et les limites de cet article; il sera considéré comme un premier époux (11).

Malgré le pluriel employé par le Code civil, où il est question « d'enfants du premier lit », il faut décider que la présence d'un seul d'entre eux entraîne l'application de l'article 1.098.

Les auteurs sont d'accord également pour admettre que l'expression « enfants d'un autre lit » comprend comme dans l'ancien droit, non seulement les « enfants du premier degré », mais « *tous les descendants légitimes* », à quelque degré que ce soit, ceux même dont leur auteur serait décédé avant la célébration du nouveau mariage de leur ascendant, ou qui eux-mêmes ne seraient nés que postérieurement à ce remariage (12).

Mais les enfants ou descendants *légitimes* seuls,

(11) Exception faite toutefois du cas où l'époux donateur aurait contracté plusieurs unions nouvelles et fait des libéralités irrévocables à chacun de ses nouveaux conjoints. Cette hypothèse a fait l'objet de controverses importantes ; elle sera examinée spécialement plus loin.

(12) Lorsque l'époux donateur en fait « d'enfant d'un premier lit » ne laisse que des petits-enfants, pour fixer la part d'enfant à laquelle a droit le nouveau conjoint donataire, il ne faut compter les descendants d'un enfant prédécédé que pour une seule tête. Les règles de la représentation doivent être appliquées ici comme dans le cas du calcul de la réserve de l'article 913, C. civ.

peuvent bénéficier de l'article 1.098, puisque la loi parle d'enfants « issus d'un premier mariage » (13). Nous verrons plus loin ce qu'il faut décider pour les **enfants adoptifs**.

Les enfants du disposant légitimés par l'effet d'un précédent mariage, doivent être considérés comme des enfants « d'un autre lit », puisque la légitimation a pour conséquence de donner à l'enfant légitimé des droits identiques à ceux des enfants issus du mariage par lequel la légitimation s'est opérée.

Nous pensons que l'article 1.098 peut être invoqué aussi bien par les enfants d'un premier lit, vis-à-vis d'un second conjoint, que par ceux d'un second ou troisième lit, à l'égard d'un troisième ou quatrième conjoint de leur auteur : c'est une solution rationnelle, et d'ailleurs le code emploie bien les termes généraux « enfants d'un *autre* lit » et « époux qui contractera un second ou *subsequent* mariage ». D'une façon générale, on peut dire que l'article 1.098 s'applique chaque fois qu'il y a remariage avec présence de descendants d'une union précédente.

Les enfants naturels de celui qui contracte un nouveau mariage ne peuvent certainement jamais bénéficier de l'article 1.098. Peu importe l'époque de leur reconnaissance, qu'elle ait lieu même avant la nouvelle union : mais la présence d'un enfant natu-

(13) Si un enfant d'un premier lit décède avant son père (ou sa mère) ne laissant comme descendant qu'un enfant naturel, ce dernier ne peut invoquer la disposition de l'article 1.098. Troplong VI. 2.699 (art. 757 C. civil).

rel reconnu avant le second mariage n'est certainement pas sans influence sur la part que recueillera le second époux. Elle la modifie indirectement.

En effet, les enfants naturels diminuant la part des enfants légitimes, part qui détermine celle du nouvel époux, on doit, avant de calculer les droits de ce dernier, retirer de la masse de succession la portion de biens à laquelle les enfants naturels peuvent prétendre, de manière à faire supporter à la fois au nouvel époux et aux enfants légitimes la diminution d'actif en résultant.

Il faut donc commencer par fixer les droits de l'enfant naturel.

Ainsi, supposons qu'une personne laisse trois enfants de deux lits différents, un enfant naturel reconnu avant son second mariage (C. Civ. 337), son deuxième conjoint, légataire universel et une succession s'élevant à 400.000 francs.

Les droits de l'enfant naturel que nous calculons d'abord, sont de la moitié de ceux qu'il aurait eus s'il eût été légitime (art. 758 C. Civ.) ; ils s'élèvent donc dans notre exemple, d'après le système actuel de la jurisprudence, à la moitié du cinquième de l'actif ⁽¹⁴⁾, c'est-à-dire à 100.000/10, soit à 40.000 francs.

Le surplus de la succession soit 360.000 fr. reviendra à chacun des enfants pour 90.000 fr. et à la veuve également pour 90.000 fr. ⁽¹⁵⁾.

(14) ...et non à la moitié du quart de l'actif, puisque l'époux compte, dans le calcul, pour un enfant. (Voir supra.)

(15) A titre documentaire, nous donnons ici la liquidation des

Il existe encore une catégorie d'enfants dont nous n'avons pas parlé, celle des enfants adoptifs.

Supposons, par exemple, que Primus, veuf en premières noces, soit remarié avec Secunda et que pendant son célibat ou son veuvage il ait adopté Tertius; Primus décède sans enfant issu de son premier mariage ; Secunda est instituée légataire universelle. Tertius, enfant adoptif peut-il se prévaloir de l'article 1.098 et demander la réduction du legs universel dans les termes de cet article ?

Demolombe et Delvincourt l'ont soutenu en exposant que l'adoption (art. 350 ancien du C. Civ. ou 357 nouveau du même Code), confère à l'adopté sur

droits dans une situation de famille identique, mais dans laquelle le second conjoint ne serait pas légataire universel, et n'aurait à recueillir seulement que les droits d'usufruit légal prévus par l'article 767.

Dans cette hypothèse, la part de l'enfant naturel, abstraction faite des droits d'usufruit de la veuve, serait de la moitié du quart de l'actif soit d' $\frac{1}{8}$ ou $\frac{120}{960}$. Il faut déterminer de quelle quotité d'usufruit cette part est grevée. Nous disons : si l'enfant eût été légitime, le conjoint survivant aurait eu droit à l'usufruit d'une part d'enfant légitime, c'est-à-dire à l'usufruit du $\frac{1}{5}$ ou $\frac{192}{960}$. La part à la charge de l'enfant naturel se trouve être de la moitié de ce qu'il aurait supporté s'il eût été légitime, c'est-à-dire de la moitié du quart (le $\frac{1}{8}$) de $\frac{192}{960}$ ou $\frac{24}{960}$.

Les droits en pleine propriété de l'enfant naturel seront donc de $\frac{120}{960} - \frac{24}{960} = \frac{96}{960}$.

Quant aux droits d'usufruit de l'époux survivant, nous les déterminerons de la façon suivante : Si cet époux était en concours avec trois enfants légitimes seuls, son usufruit serait du quart de $\frac{960}{960}$ soit de $\frac{240}{960}$. S'il était en concours avec quatre enfants légitimes, son usufruit ne serait plus que de $\frac{192}{960}$, soit une différence de $\frac{48}{960}$; on doit réduire cette différence de moitié, puisque le quatrième enfant n'est pas légitime, mais naturel. Donc l'usufruit de l'époux survivant sera de $\frac{240}{960} - \frac{24}{960} = \frac{216}{960}$; dont $\frac{24}{960}$ à la charge de l'enfant naturel ainsi que cela résulte du début de notre calcul, et $\frac{192}{960}$ à la charge des trois enfants légitimes (c'est le système enseigné par M. L. Maguet, T. II. Additions p. 10, et suivantes.)

la succession de l'adoptant les mêmes droits que ceux qu'y auraient les enfants légitimes ou descendants légitimes. Et l'article 1.098 accorde une protection dont l'adopté peut avoir besoin, car il n'est pas douteux que le mariage ou le remariage de l'adoptant peut compromettre les intérêts pécuniaires de l'adopté. Et les deux auteurs cités ci-dessus enseignent que l'adopté devant avoir les mêmes droits ou protection que les enfants légitimes, peut réclamer le bénéfice des dispositions de l'article 1.098.

Mais depuis l'arrêt de la Cour de Cassation du 11 décembre 1922 (S. 1923-1-313, note de M. Simonnet; D. 1925-1-121, note de M. H. Capitant), il faut bien admettre que la présence d'un enfant adoptif ne peut donner naissance à l'ouverture de l'action en réduction de l'article 1.098.

Nous regrettons cependant que l'on ne puisse faire varier la solution suivant que l'adoption a été faite ou non *pendant un premier mariage et par les deux époux*.

Si, comme nous l'avons supposé dans l'exemple ci-dessus, l'adoption a été réalisée soit pendant le célibat, soit pendant le veuvage de l'époux remarié, nous comprenons que la réduction prévue par l'article 1.098 ne puisse pas être exigée par l'enfant adopté, qui, le cas échéant, ne pourra bénéficier de cette réduction que si elle est demandée par des enfants nés d'un précédent mariage ⁽¹⁶⁾.

(16) Aubry et Rau, 4^e éd. § 560 texte et note 21 . § 690, p. 273.

Mais si nous supposons une adoption effectuée par deux époux, le décès de l'un des adoptants étant survenu, nous croyons qu'en cas de remariage du survivant, la jurisprudence aurait pu alors assimiler l'adopté à un enfant né du premier mariage, et lui accorder, contre le nouveau conjoint de l'adoptant, les droits prévus par l'article 1.098. Il nous semble que, dans cette hypothèse, une telle manière de voir eut été conforme à l'esprit de la loi et au texte des articles 1.098 et 357 du Code civil. En effet, la jurisprudence et la doctrine ont toujours assimilé l'enfant adoptif à l'enfant légitime, notamment en ce qui concerne l'application des articles 913 et 1.094 du Code civil ; et l'on peut s'étonner qu'elle change de manière de voir, lorsqu'il s'agit de l'article 1.098.

Mais l'idée qui l'a emporté devant la Cour de Cassation est que l'interprétation des textes spéciaux doit être stricte, et que, si le législateur avait voulu protéger l'adopté, il n'aurait pas manqué d'y penser, notamment par le fait que le titre « De l'Adoption » et celui des « Donations et Testaments », ont été discutés et votés successivement, le second aussitôt après le premier (23 mars-2 avril 1803 ; 3 avril-13 mai 1803!)

Quoi qu'il en soit, après l'arrêt indiqué ci-dessus, la discussion ne peut plus être que théorique.

La majorité des auteurs soutient qu'en raison des termes employés, l'art. 1.098 crée un droit exceptionnel de réserve établi seulement en faveur des enfants issus d'une précédente union ; et que ce droit est strictement subordonné à la double condition d'un mariage antérieur et de l'existence d'enfant issu d'un tel mariage.

Nous venons de voir quels enfants sont protégés par la loi ; examinons maintenant ceux qui, devant intervenir dans les calculs, vont déterminer le disponible spécial de l'article 1.098.

Dans notre ancien droit, on comptait les enfants laissés à sa mort par l'époux remarié, non seulement ceux du premier lit, mais aussi ceux de mariages ultérieurs.

Cette solution doit certainement être maintenue ⁽¹⁷⁾ actuellement, car il n'y a pas de motifs pour établir une distinction entre les enfants du premier lit et ceux d'autres lits ⁽¹⁸⁾. Seul Proudhon ⁽¹⁹⁾ est d'un avis opposé; il soutient, ce qui est contraire à la jurisprudence actuelle, que les enfants du premier lit peuvent seuls demander la réduction des libéralités excessives faites au nouvel époux ⁽²⁰⁾, (l'article 1.098 ayant été créé pour leur protection et dans leur intérêt seul), et que, par suite, eux seuls doivent être comptés et profiter de la réduction.

Cette manière de voir n'est plus soutenable, car elle est en contradiction avec le principe d'égalité posé par l'article 745 du Code civil, d'après lequel les enfants succèdent à leurs ascendants par égales

(17) Le cas échéant, les enfants adoptés depuis le second mariage devraient être également comptés.

(18) Bordeaux, 28 Décembre 1891. D. 93, 2169; S. 92. 269.

(19) Proudhon. « De l'usufruit », T. I, page 423, n° 347.

(20) Cette question de savoir à qui est ouverte cette action en réduction sera examinée dans le paragraphe suivant. Disons tout de suite que l'ensemble du système de Proudhon est abandonné par la majorité des auteurs modernes et contraire à la jurisprudence actuelle.

portions sans distinction de sexe ni de primogéniture, et même s'ils sont issus de différents mariages. Or, le système de Proudhon conduirait à donner aux enfants d'un premier lit une part plus forte que celle des enfants d'un ultérieur mariage ; avec ce système, en effet, on ferait deux calculs : l'un pour les enfants d'un premier lit ; l'autre pour les enfants du nouveau mariage ; dans le premier calcul on ferait l'application des règles de l'article 1.098 ; dans le second on appliquerait celles de l'article 1.094. Et le disponible étant plus fort dans le second cas que dans le premier, les droits des enfants d'un même auteur seraient différents : ce qui serait contraire à notre droit.

Tous les enfants, sans distinction d'origine, doivent donc être comptés pour le calcul de la réserve et ils en bénéficient tous également.

§ III. — DE CEUX QUI PEUVENT EXERCER L'ACTION EN RÉDUCTION ET EN PROFITER ET DES CONDITIONS D'EXERCICE DE CETTE ACTION.

Nous venons d'exposer les conditions d'ouverture de l'action en réduction exceptionnelle de l'article 1.098, l'époque qu'il faut envisager pour faire le calcul du disponible de cet article et les enfants dont la présence déclenche le bénéfice de son application.

Nous allons examiner maintenant, successive-

I) La qualité que doivent avoir les enfants qui veulent exercer l'action en réduction ;

II) Les conditions d'exercice de l'action et si d'autres personnes que les enfants, en particulier l'époux donateur lui-même, peuvent bénéficier indirectement de la réduction ;

III) A quel moment cette action peut être exercée.

IV) Les effets possibles du retranchement à l'égard des tiers.

Nous envisageons cette question avant l'étude des articles 1.496 et 1.527 du Code civil ; mais ceci ne présente pas d'inconvénients, car ces articles ne sont faits que pour assurer une plus stricte application de l'article 1.098 ; ils constituent une simple sauvegarde des dispositions de cet article, et qu'il s'agisse de l'action en réduction d'une donation proprement dite ou de l'action en réduction dite « en retranchement » d'avantages résultant de conventions matrimoniales (assimilées précisément à des donations par les articles 1.496 et 1.527), les règles générales déjà posées, ou que nous allons examiner, demeurent identiques.

Et l'étude spéciale du calcul du « retranchement » et des problèmes particuliers qu'il pose, s'en trouvera allégée.



I. — *En quelle qualité agissent les enfants demandant la réduction des libéralités excédant l'article 1.098 ?*

Troplong a répondu : « en qualité d'enfants, jure sanguinis, jure naturali ». Mais c'est une manière d'acquérir non prévue par le Code !

Déjà, nous avons dit que l'article 1.098 établit une réserve et non une incapacité de disposer ; or, dans notre législation, la réserve est une partie de la succession et, pour y avoir droit, il faut être « héritier ».

Par suite, on doit conclure sans hésitation que seuls les enfants ayant la qualité « d'héritiers » peuvent demander la réduction des libéralités excessives faites au nouveau conjoint de leur auteur (21), ce qui exclut les enfants renonçants et les indignes.

A notre avis, les enfants du renonçant ou de l'indigne ne peuvent exercer les droits que leur auteur a perdus, sauf cependant quand ces enfants viennent à la succession de leur chef, par application de l'article 787 du Code civil. Quant aux créanciers du renonçant, ils sont, selon nous, recevables à intenter l'action en réduction s'ils demandent l'autorisation d'accepter la succession du chef de leur débiteur, en ses lieu et place ; auquel cas, la renonciation n'est annulée qu'en leur faveur et jusqu'à concurrence seulement du montant de leurs créances (arg. art. 788, 1.166 et 1.167 du Code civil) (V. L. Maguet, étude sur l'action en retranchement, *Journal des Notaires et des Avocats*, art. 32.991).

Il résulte de cet exposé que si tous les enfants d'un premier lit ont renoncé à la succession, ou s'ils

(21) Une telle demande en réduction ferait d'ailleurs certainement « prendre qualité d'héritier ».

en ont été exclus pour cause d'indignité, les enfants du nouveau mariage ne peuvent se prévaloir de la disposition de l'article 1.098. On pourrait objecter que la réserve se détermine en égard au nombre d'enfants que le défunt a *laissés*, et que la dénonciation ou l'exclusion de l'un ou plusieurs de ces enfants restent sans influence sur la quotité de la réserve.

Ce principe serait admis par la jurisprudence pour la réserve ordinaire à laquelle tous les enfants ont droit de leur propre chef, sans distinction des mariages dont ils sont issus ; mais il est sans application à l'augmentation de réserve qui résulte de l'article 1.098 et à laquelle les enfants des nouveaux mariages ne peuvent prétendre qu'autant que le droit de la réclamer *reste ouvert* au profit et dans la personne d'un précédent mariage.

Pothier enseignait le contraire. Pour lui, les enfants d'une union antérieure pouvaient, en cette seule qualité, et sans être héritiers, faire réduire les libéralités excessives. Il fondait son opinion sur le fait que l'Edit des secondes noccs accordait l'action en réduction « aux enfants » comme un droit purement personnel, sans se soucier de la qualité d'héritier ; et Pothier ajoutait que les biens formant l'objet de la demande en réduction étant sortis du patrimoine de leur auteur, les enfants ne les prenaient pas dans la succession !

Ce raisonnement est inexact, car l'action en réduction a pour but précisément de faire rentrer dans la

succession les biens donnés ou une partie d'entre eux. L'opinion de Pothier est inconciliable avec les principes de notre Code civil.

Nous l'avons donnée simplement à titre historique en faisant remarquer, d'ailleurs, que c'était l'opinion soutenue également par d'éminents auteurs anciens, tels : Ricard et Lebrun.

II. — *Conditions d'exercice de l'action en réduction. Qui peut en profiter ?*

A) Nous avons dit que tous les enfants profitaient de la réduction, c'est-à-dire que les biens retranchés par suite de l'action exercée par un enfant d'un premier lit rentraient dans la masse de succession et se partageaient également, conformément à l'article 745 du Code civil, entre tous les enfants du défunt, quelle que fût l'union dont ils étaient issus.

Mais les enfants d'un premier lit ont-ils seuls *l'exercice* de l'action en réduction ?

Exactement la question se pose de savoir, en supposant réalisées les conditions d'ouverture de l'action, telles qu'elles résultent de l'article 1.098, si les enfants, nés du dernier mariage du défunt, ont le droit de demander *eux-mêmes* la réduction.

Cette question est d'importance dans l'hypothèse où les enfants d'un premier lit ne voudraient pas faire réduire les libéralités ou négligeraient de le faire.

Répondons dès maintenant que la jurisprudence, avec la majorité des auteurs, admet *tous* les enfants à exercer l'action en réduction fondée sur l'article 1.098, tant qu'elle demeure ouverte en la personne d'un enfant issu d'une union précédente (22).

On a soutenu la négative : d'après le Code civil, explique-t-on, la réduction des dispositions entre vifs ne peut être demandée que par ceux au profit desquels la loi fait la réserve, leurs héritiers ou ayants-cause (art. 921 C. civ.). Or, la réserve spéciale établie par l'article 1.098 est créée au profit exclusif des enfants d'un premier lit.

Nous comprenons que la jurisprudence ait rejeté cette manière de voir ; nous avons ci-dessus rappelé qu'elle décidait et qu'il fallait bien décider, que tous les enfants *profitaient* du bénéfice de l'action en réduction exercée par les enfants d'un premier lit. Si donc le bénéfice de cette action tombe dans la succession, c'est que l'action s'y trouve elle-même ; et pour rester logique il faut bien admettre que son exercice comme son bénéfice doivent appartenir à tous les enfants, chacun d'eux devant avoir un droit

(22) En ce sens : Bourges, 28 déc. 1891. S. 92, 2, 69. D. 93, 2, 169. Caen, 3 août 1872 sous Cass. Req. 1^{er} juillet 1873 (S. 1874, 1, 17). M. H. Capitant dit dans une note sous l'arrêt de Cass. du 27 Mars 1923 (D. 1923.1.161) « que tous les enfants du second lit peuvent exercer l'action, car, dès l'instant que les enfants du premier lit ont accepté la succession, la quotité disponible est fixée définitivement et doit se calculer pour tous de la même façon. » Nous allons développer cette opinion.

identique dans les différents éléments du patrimoine de l'hérédité.

Pour soutenir l'opinion que nous défendons, on a dit qu'il serait inadmissible qu'une catégorie d'enfants, ceux nés des derniers mariages, fussent à la discrétion de ceux nés du premier ; mais cet argument n'est pas convaincant, car on peut citer des exemples où il dépend de la volonté d'une seule personne de tenir en suspens ou de paralyser des droits intéressant plusieurs autres.

L'explication que nous avons donnée semble suffisante ; en précisant bien que l'action en réduction ne peut s'ouvrir que dans la personne d'enfants du premier lit, mais que l'action une fois *ouverte* en leur personne, aucun texte n'interdisant aux enfants du second lit de l'exercer, la logique a conduit la jurisprudence à l'affirmative tant que le droit à l'action n'est pas éteint chez celui qui l'a fait naître.

Depuis la loi du 25 mars 1896, qui a créé une réserve au profit des enfants naturels, un tel enfant nous paraît recevable à exercer l'action en réduction, si elle est ouverte, à la condition toutefois (art. 337 du Code civil) qu'il ait été reconnu avant le remariage de son auteur. La négative a été cependant admise par le Tribunal de la Seine le 8 Décembre 1898 et par le Tribunal de Tours le 30 Janvier 1917.

Nous pensons qu'un enfant adoptif pourrait également exercer l'action en réduction fondée sur l'article 1.098. Le Tribunal des Andelys s'est prononcé en ce sens le 18 Juillet 1899.

D'autres personnes ⁽²³⁾ ont-elles l'exercice de cette action ?

En particulier, que faut-il décider pour l'époux donateur ou qui a procuré l'avantage excessif ?

La jurisprudence et la doctrine semblent aujourd'hui d'accord pour lui refuser l'exercice et le bénéfice de l'action. Et ceci est très rationnel.

Cependant, nous ne pouvons passer sous silence l'arrêt de la Cour de Bordeaux du 5 Juillet 1824 ⁽²⁴⁾ qui, après des « attendus » vraiment inattendus, a décidé le contraire sur un renvoi de la Cour de Cassation du 27 Mars 1822 ⁽²⁵⁾.

Nous allons montrer d'abord dans quel cas l'époux ayant procuré l'avantage peut avoir intérêt à se prévaloir de l'action, en rappelant le cas d'espèce qui fut porté devant la Cour de Bordeaux.

Madame veuve Lemasson ayant une fille issue de son premier mariage, épouse un certain Régis-Leblanc. Le contrat de mariage, pour cette nouvelle union, stipule une communauté universelle de tous les biens mobiliers, et contient une clause d'ameublissement de tous les immeubles de la veuve Lemasson. L'apport de cette dernière dépassait de 200.000 francs celui de son nouvel époux.

(23) Il est certain que les légataires ou donataires non réservataires ne peuvent exercer l'action en réduction ; l'art. 921 du Code civil décide formellement, en posant un principe général, que la réduction ne peut être demandée que par des héritiers réservataires (ou leur ayants cause), et ne peut profiter qu'à ces derniers.

(24) S. 1822-1824-2.398.

(25) S. 1822-1824-1.44.

Peu après le mariage, par suite des mauvaises affaires du mari, la dame Régis Leblanc obtenait la séparation de biens et demandait la révocation des clauses de son contrat de mariage qui établissaient une communauté universelle des meubles et l'ameublissement de ses immeubles. Cette prétention était fondée sur le fait que lesdites clauses constituaient au profit du nouvel époux et au préjudice de l'enfant du premier lit (décédé, mais représenté par un descendant légitime) un avantage supérieur à celui qui est autorisé par l'article 1.098 du Code civil.

Le Tribunal de première instance rejeta la demande de la dame Régis-Leblanc, « attendu que l'époux qui convole à de secondes noces n'est pas recevable à demander la nullité ou la réduction des dispositions excessives qu'il a faites en faveur de son conjoint et que cette faveur ne peut appartenir qu'aux enfants issus du premier mariage, qui encore ne peuvent l'exercer qu'après le décès de leur auteur ».

La juridiction d'appel confirma purement et simplement le premier jugement, mais sa décision fut l'objet d'un pourvoi en cassation de la dame Régis-Leblanc, fondé notamment sur la violation des articles 1.098, 1.099 et 1.527 du Code civil, en ce qu'elle déclarait que le droit de demander la réduction des avantages excessifs faits par une épouse à son second conjoint appartenait exclusivement aux enfants du premier lit et ne pouvait être exercée par la donatrice.

Au pourvoi de ladite dame était joint celui du

tuteur du descendant mineur de l'enfant du premier lit décédé, qui attaquait la décision d'appel en violation des articles 1.098, 1.099 et 1.527, et en ce qu'il avait refusé d'admettre l'intervention dudit enfant.

La Cour suprême cassa l'arrêt qui écartait l'intervention du descendant du premier mariage et renvoya les parties devant la cour de Bordeaux.

Les juges de Bordeaux avaient lu Ricard et Lebrun (26). Pour ces derniers, les règles posées par les articles 1.496, 1.527 et 1.098 du Code civil semblent établies autant dans l'intérêt des enfants qu'en faveur de *l'époux lui-même*.

Mais on s'entend maintenant d'une façon unanime pour refuser à voir dans ces articles l'idée d'une protection au profit de celui qui se remarie contre « l'effet de la séduction de son nouvel époux ». Comment la loi assurerait-elle une protection toute spéciale au veuf ou à la veuve, malgré l'expérience que l'un et l'autre n'ont cependant pas dû manquer d'acquérir par leur première union, et négligerait-elle les célibataires ?

On pourrait concevoir que le législateur ait songé à protéger l'individu contractant une première union (ou un quatrième ou cinquième mariage !) Mais comment prétendre que la loi n'offrirait sa protection qu'à partir du deuxième mariage et à la condition qu'on ait des enfants d'une première union ? Nul ne

(26) Ricard : traité des donations, 3^e partie, glose 2, n^{os} 1.102 et 1.200 ; Lebrun, traité des successions, liv. 2, chap. 5, section 1^{re}, dist. 3, n^o 18.

peut pourtant soutenir sérieusement que convoler en simples secondes noces avec des enfants du premier lit constitue une marque indubitable de faiblesse d'esprit, ou qu'un tel individu soit, plus que d'autres futurs époux, sous une menace particulière de séduction. Ces remarques montrent assez que le principe de la protection spéciale n'a été établi qu'au profit exclusif des enfants.

Quoi qu'il en soit, les juges de Bordeaux ont voulu à toute force admettre l'époux qui a procuré l'avantage à demander lui-même la réduction.

Ils écartent d'abord le principe ci-dessus rappelé de l'article 921 du Code civil, en soutenant qu'il est illusoire de dire qu'après le décès de l'époux remarié, l'enfant du premier lit pourrait opérer un retranchement, alors que tous les biens auront été ou pu être valablement engagés (27).

Puis les juges de Bordeaux déclarent que la dame Régis-Leblanc ayant mobilisé tous ses biens et mis sa fortune à la disposition de son nouvel époux « lui a fait évidemment une donation déguisée » (!) qui doit être nulle pour tout ce qui excède le quart des biens de ladite dame.

Et la Cour, par ces motifs, déclare que la communauté stipulée par les époux Régis-Leblanc n'a pu comprendre que le quart des biens de l'épouse et ordonne que le sieur Régis-Leblanc rende à sa femme

(27) On voit ici comme la Cour de Bordeaux abandonnant tout raisonnement cérébrin, se met au-dessus de la loi et des principes.

les trois quarts des biens qu'elle possédait au moment de son remariage avec lui.

Il faut regretter que les juges de Bordeaux n'aient pas fait connaître une méthode générale pour calculer la quotité disponible de l'article 1.098 ; en effet, celle-ci étant indiscutablement liée à l'existence d'un descendant d'un premier mariage au moment du décès de l'époux donateur et au nombre d'enfants laissés à *cette date* par cet époux, on eut été curieux de connaître une manière de déterminer, *du vivant de l'époux ayant procuré l'avantage*, l'étendue de l'avantage permis !

L'idée de donation déguisée mise en avant par la Cour de Bordeaux est inadmissible. Il y a convention entre associés pour les rapports entre les époux ; et il n'y aura, le cas échéant, échec à ce principe de libéralité, que vis-à-vis seulement de l'enfant du premier lit, et au décès de l'époux remarié.

En fait, l'arrêt de Bordeaux voit dans l'article 1.098 une « incapacité de disposer ». Mais nous avons déjà dit que cette façon de voir et ses conséquences étaient contraires à tout le système actuel de la jurisprudence et de la doctrine, pour qui l'article 1.098 établit bien une quotité disponible spéciale. Et l'on connaît le principe suivant lequel la réserve d'une succession ne peut être invoquée et partagée que par les seuls héritiers réservataires.

En prenant l'opposé des conclusions de l'arrêt de Bordeaux, on serait bien près de ce qu'on tient généralement pour la vérité.

La Cour de Cassation n'a pas encore eu à statuer sur le point spécial envisagé, mais la théorie de la Cour de Bordeaux, admettant l'époux donateur à exiger lui-même le retranchement est contredite non seulement par les auteurs, mais aussi par l'esprit de la jurisprudence et notamment par un arrêt de la Cour de Colmar du 19 février 1845 ⁽²⁸⁾ et un arrêt de la Cour de Limoges du 27 mai 1867 ⁽²⁹⁾.

Ce point de droit a son importance en raison du grand nombre de divorces ou de séparations de corps. Dans ces cas de rupture du mariage, l'époux qui a procuré l'avantage regrette ses largesses indirectes qui lui apparaissent alors, un peu tard, comme des erreurs, et il a le vif désir de les faire annuler.

B) Envisageons maintenant une autre question :

D'autres personnes que les enfants peuvent-elles bénéficier de la réduction (ou du retranchement) ?

Nous avons donné les raisons pour lesquelles il faut que tous les enfants, sans distinction, profitent de la réduction et même aient l'exercice de l'action. Et l'on a déjà rappelé ci-dessus, le principe d'après lequel la réserve d'une succession ne peut être partagée qu'entre les seuls héritiers réservataires.

On pourrait donc croire futile la question que nous venons de poser. Il n'en est rien.

Dans une affaire récente ⁽³⁰⁾, la Cour de Paris, le 7

(28) D. 46-2. 197.

(29) S. 67-2. 237.

(30) Affaire Galichon, de Montenart, de Corteries, Sargentout.

Février 1920, et la Cour de Cassation, le 27 Mars 1923, ont eu à résoudre le point de savoir si le premier époux lui-même (31) pouvait, au décès de son conjoint remarié, faire porter ses droits résultant d'une donation contenue dans son contrat de mariage, tant sur les biens de la succession que sur ceux rentrés dans la masse successorale par suite des effets de l'action en retranchement exercée par les enfants.

Et contre toute attente, la Cour de Paris et la Cour suprême ont admis le premier conjoint donataire à se prévaloir et à bénéficier lui aussi, du retranchement qui avait été demandé et obtenu par les enfants du premier lit.

Voici l'espèce portée devant la Chambre civile de la Cour de Cassation, sur pourvoi de la Cour de Paris (32).

Une personne décède, laissant pour héritiers :

1° Son ex-première femme, au profit de laquelle le divorce a été prononcé, et qui conserve ainsi le bénéfice d'une donation par contrat de mariage attribuant au survivant des époux l'usufruit de la moitié des biens de la succession du prédécédé ; 2° deux enfants nés du premier mariage ; 3° un second conjoint avantage du fait de l'adoption de la communauté légale, par la confusion du mobilier et des dettes qui en était résultée.

La Cour a précisé plusieurs points sur lesquels nous

(31) ...ayant obtenu le divorce à son profit.

(32) D. 23-1-161 et la note de M. H. Capitant ; S. 1923, 1, 201.

reviendrons; et elle a décidé que l'usufruit de l'époux divorcé porterait sur la moitié de la succession entière sans en excepter le retranchement opéré sur la libéralité indirecte résultant pour la seconde femme du régime légal adopté.

L'arrêt attribue ainsi à l'ex-première femme l'usufruit de la moitié de l'actif de succession; et à la seconde femme le quart en nue-proprieté restant disponible aux termes de l'article 1.094 et qui ne dépasse pas la quotité de l'article 1.098.

La Chambre civile a donc autorisé l'ex-conjoint à se prévaloir, lui aussi, de l'action en retranchement, et, puisqu'elle lui permet d'en bénéficier, peut-elle lui accorderait-elle aussi l'exercice de l'action en cas d'inaction des enfants ! Ce serait une conséquence logique, mais inattendue.

Voici les motifs de la décision :

« Attendu que l'action en retranchement a restitué
« le caractère de libéralité aux avantages indirects
« qui résultaient pour la seconde épouse du régime
« de la communauté (33), que les biens qui en étaient
« l'objet se sont détachés de la communauté pour
« tomber dans la succession du de cujus; qu'ils sont
« ainsi rentrés dans la masse et doivent être partagés
« avec le reste de la succession ».

En fait, pas de motifs; une affirmation.

Pour repousser la manière de voir qui avait tou-

(33) On se demande comment une « action » peut restituer un caractère de libéralité!

jours été admise et qui semble bien résulter des textes, l'arrêt ne donne aucun argument ; il décide simplement le contraire.

Remarquons que la décision de la Cour serait identique, dans l'espèce jugée, à celle que l'on donnerait si on considérait l'avantage indirect du nouveau conjoint comme une libéralité vis-à-vis du premier conjoint (*et erga omnes*) (34).

En effet, le premier conjoint, institué contractuellement, ne peut, en vertu de l'article 1.083 du Code civil, attaquer les actes de disposition ultérieurement faits par l'instituant qu'autant que ces actes présentent un caractère gratuit. Si donc la Cour autorise l'instituée à faire porter le bénéfice de sa donation sur les biens retranchés, on comprend que les arrêtistes (35) aient pu en déduire que la Chambre civile voit dans l'avantage indirect une libéralité sujette à réduction en vertu de l'article 1.083 du Code civil, c'est-à-dire une libéralité non seulement à l'égard des enfants, mais « *erga omnes* ».

Mais nous ne croyons pas que la Cour de Cassation ait voulu décider d'une façon si générale, et émettre un tel avis, véritable innovation juridique, sans le motiver.

Pour que ceci fut certain, il peut sembler qu'il

(34) Et nous allons indiquer que certains jurisconsultes croient que tel est, en effet, l'avis de la Cour de Cassation, et qu'il faut voir là le motif juridique tacite de sa décision.

(35) Notre précitée de M. Capitant.

Note de M. Tissier dans le Sirey 1923.1.201.

eut fallu que la Cour ne se contentât pas de décider que le montant des droits résultant de l'institution contractuelle de la première femme se calculerait sur l'ensemble de la succession dans laquelle sont compris les biens retranchés (36), mais qu'elle ajoutât *expressément* que l'instituée exercerait des droits également sur la partie non retranchée de l'avantage que le deuxième conjoint serait admis à conserver ou à recueillir en vertu de l'article 1.098 (37).

Or, l'arrêt n'a pas dit cela; et il se trouve que le cas d'espèce jugé prête à ambiguïté : en effet, nous faisons remarquer que l'institution contractuelle étant de moitié en usufruit, l'article 1.094 du Code civil ne permet plus au nouveau conjoint de recueillir qu'un quart en *nue-propriété*. Dire que le second conjoint n'aura qu'un quart en *nue-propriété* n'implique donc pas nécessairement que la Cour fasse porter l'usufruit de l'instituée sur ce que recueille le deuxième époux ; car la solution donnée peut n'être qu'une *conséquence des règles sur le non-cumul de la quotité disponible entre époux* (38).

Pour nous, la Chambre civile n'a pas voulu décider

(36) Ce qui est d'ailleurs inexpliqué et que nous allons critiquer.

(37) Voici une conséquence inadmissible d'une telle solution en supposant que l'institué contractuel soit un étranger. Il faudrait l'admettre, par analogie, à faire porter le bénéfice de son institution contractuelle sur l'avantage indirect que l'instituant aurait pu faire à un second époux dans ses conventions matrimoniales; et ceci seulement en présence d'enfant d'un premier lit! On dénaturerait ainsi complètement les articles 1.098, 1.496 et 1.527, qui doivent seulement protéger les enfants du premier lit.

(38) Règles que nous étudierons dans la deuxième partie de cette étude.

qu'en présence d'enfants d'un premier lit, les avantages résultant, pour le deuxième conjoint, des conventions matrimoniales sont des donations « *erga omnes* ». Nous nous bornons à voir dans son arrêt la simple affirmation, — non admissible et contraire à l'article 921 du Code civil, — que les biens retranchés par les enfants d'un premier lit tombent dans la succession et que c'est sur cette masse complète que doivent se calculer les droits d'un ancien conjoint institué contractuel.

Il faut regretter que la Chambre civile n'ait pas expliqué cette affirmation. Il lui aurait été sans doute possible de le faire ; nous en sommes incapables, puisque nous nous refusons à faire nôtre l'explication à portée générale donnée par les arrêtistes.

Et nous ne pouvons que répéter que l'on a toujours été d'accord pour décider que les articles 1.098, 1.496 et 1.527 ne prennent en considération que les intérêts des enfants des premiers lits ; qu'il résulte de ces textes eux-mêmes que c'est seulement vis-à-vis de ces enfants que les avantages résultant des conventions matrimoniales peuvent être sujets à retranchement, car c'est eux seuls que la loi veut protéger contre les libéralités faites par leur auteur à son nouveau conjoint.

Et si l'on admet *tous* les enfants (sans distinction d'origine) à bénéficier du retranchement, c'est parce que l'article 745 du Code civil édicte une égalité parfaite entre eux. Mais nous ne voyons aucune raison de faire bénéficier du retranchement d'autres

personnes que les enfants, et de faire varier les droits d'étrangers avec la présence ou la non-présence d'enfants d'un premier lit.

Sous l'arrêt reproduit dans le recueil Sirey (39) existe une note de M. le Conseiller Tissier qui tend à justifier la décision de la Cour de Cassation ; il en précise la faiblesse.

Pour M. Tissier, « il est plus moral d'admettre la première femme divorcée » à bénéficier du retranschement (40). Ce jurisconsulte comprend donc bien que le droit ne peut suffire à justifier l'arrêt de la Chambre civile. Mais Saint-Louis n'est plus sous son chêne, et, la loi étant établie, la morale doit être une chose et le droit d'une autre. Et nous croyons que l'on rencontre suffisamment de difficultés et d'imprécisions dans les textes législatifs sans les imprégner, dans leur application, de principes moraux subjectifs.

M. Tissier, pour soutenir l'arrêt, se réfère aussi à un rapport de M. le conseiller Michel Jaffard (41) sur un point qu'il ne faut pas confondre avec celui envisagé actuellement. M. Jaffard a écrit : « la fiction d'après laquelle les conventions matrimoniales cons-

(39) S. 1923.1.201.

(40) Ce point même de morale nous semble faux ; car pour nous il est immoral qu'une femme divorcée, éloignée d'un homme pendant sa vie, s'en rapproche à sa mort lorsqu'il s'agit de recueillir ses biens. On comprend qu'avec de telles manières d'agir, on ne rencontre plus de donations irrévocables par contrat de mariage !

(41) Cass. Req., 17 Avril 1907 S. 1913, 1. 203.

tituent des actes à titre onéreux, disparaît pour faire place à la réalité des choses, quand il existe des enfants nés d'un précédent mariage... Sans doute, ce retour à la vérité pratique est édicté au profit des enfants ; mais est-ce à dire que ce qui est donation à leur égard cesse de l'être à l'égard du conjoint gratifié ? Une contradiction aussi choquante répugne à l'esprit ». Ceci semble très vrai et a été admis par l'arrêt précité de 1907 ⁽⁴²⁾.

Mais il ne s'agit là que de la nature de l'avantage indirect réduit à l'égard du *conjoint gratifié lui-même*, et non vis-à-vis d'un premier conjoint.

Il est inattendu que M. Tissier semble substituer dans son esprit et sa note « le conjoint gratifié de l'avantage matrimonial réduit » au « premier conjoint divorcé ». Il est donc réellement seul à prétendre que le même avantage ne peut être considéré comme une donation à l'égard des enfants du premier lit, et une convention à titre onéreux à l'égard d'autres personnes, le caractère d'un avantage indirect dans la liquidation d'une même succession devant être, pour pour lui, indivisible.

M. Tissier veut donc, à toute force, faire dire à l'arrêt ⁽⁴³⁾ (ce que nous avons essayé d'écarter comme trop violent pour n'être pas motivé!) que l'action en

(42) Nous examinerons cet arrêt dans notre chapitre deuxième en envisageant quels sont les avantages sujets à retranchement.

(43) L'éminent arrêviste a pris même le soin de dire que la formule employée par les juges est en effet incomplète, et qu'il fallait pourvoir à son insuffisance en décidant que l'action en retranchement restitue « erga omnes » le caractère de libéralité aux avantages matrimoniaux !

retranchement restitue « erga omnes » le caractère de libéralité aux avantages indirects résultant des conventions matrimoniales. Et nous répétons encore que cette simple assertion est contredite à la fois par le texte, l'esprit et l'origine des articles 1.496 et 1.527 du Code Civil.

En raison du manque de motifs de l'arrêt du 27 Mars 1923, nous croyons que la Cour Suprême aura prochainement à préciser cette question, et nous pensons qu'elle modifiera sa jurisprudence (44).

Quoi qu'il en soit, nous estimons qu'il faut, ainsi que le dit M. Capitant (45), pour déterminer les droits respectifs des deux conjoints, conserver aux avantages dont bénéficie le second conjoint le caractère de conventions entre associés. Au regard des enfants du premier lit, ce second conjoint subira la réduction jusqu'à la limite de la quotité disponible de l'article 1.098 du Code civil ; mais dans cette limite, il en conservera l'entier bénéfice, c'est-à-dire que l'ex-conjoint divorcé ne sera pas admis à exercer des droits de donataire sur les biens compris dans cet avantage.

Nous précisons cette manière de voir dans l'exemple pratique suivant :

Supposons que M. Durand soit divorcé en premières noces et à ses torts, de Prima, donataire en cas

(44) La conférence du stage des avocats à la Cour de Cassation a, d'ailleurs, dans sa séance du 26 Juin 1924, conclu dans un sens opposé à cet arrêt.

(45) Note précitée, D. 23, 1, 161.

de survie de l'usufruit de ses biens ; M. Durand s'est remarié avec Secunda, et, dans son contrat de mariage adoptant le régime de la communauté de biens réduite aux acquêts, il a stipulé une attribution, au survivant des époux, de la totalité de la communauté ; M. Durand meurt laissant Prima et Secunda ; trois enfants du premier lit ; 100.000 francs de biens propres. L'actif de communauté s'élève à 100.000 francs.

Voici dans cette hypothèse, comment nous liquiderons les droits :

Vis-à-vis du premier conjoint, la totalité de la communauté est attribuée au deuxième époux en vertu de conventions de mariage qui présentent un caractère de non-gratuité ; par conséquent, le premier conjoint, institué contractuel, se heurte à cette disposition à titre onéreux contre laquelle il ne peut rien, ni en vertu de l'article 1.083 du Code civil, ni en vertu de l'article 1.098 dont nous réservons le bénéfice aux enfants, et son institution contractuelle ne portera que sur les biens propres du défunt. Selon nous, ses droits seront donc seulement de *l'usufruit de la moitié de ces biens, soit de 50.000 francs*.

Nous attribuerons : 1° au deuxième conjoint, 75.000 francs en toute propriété et 12.500 francs en nue-propiété (46) ; 2° aux enfants, 75.000 francs en toute

(46) Se décomposant ainsi : 50.000 en toute propriété, moitié de l'actif de communauté ; 25.000 en toute propriété et 12.500 en nue-propiété, montant de l'avantage qu'il peut recueillir après la réduction.

propriété et 37.500 francs en nue-propriété ; soit à chacun d'eux, 25.000 francs en toute propriété et 12.500 francs en nue-propriété.

Nous faisons remarquer que l'article 1.094 n'est pas violé, la quotité disponible de cet article étant de 37.500 francs en toute propriété et 37.500 francs en usufruit (46 bis). L'article 1.098 non plus, puisque le deuxième conjoint ne reçoit qu'une part d'enfant, inférieure au quart de l'actif de succession.

Dans la même hypothèse, si nous adoptons la théorie de la Cour de Cassation, l'usufruit de la première femme s'exercerait sur l'actif réel de la succession, auquel on aurait fictivement réuni l'avantage fait au deuxième conjoint; les droits du premier conjoint seraient donc en usufruit de $(100.000 + 50.000) : 2$, soit de 75.000 francs, au lieu de 50.000 francs avec notre manière de voir. Les droits du deuxième conjoint ne seraient plus que de 50.000 francs en toute propriété (moitié de la communauté) et de 37.500 francs en nue-propriété, auxquels se trouverait réduit l'avantage indirect ; les enfants recueilleraient, comme dans notre mode de calcul 75.000 francs en toute propriété et 37.500 francs en nue-propriété, montant de la réserve à leur profit.

Ainsi, le système de la Chambre civile aboutit, en se fondant sur une simple affirmation, à favoriser le conjoint divorcé contre celui qui ne l'est pas. C'est ce que M. Tissier trouve de plus moral !

(46 bis) Et la totalité des attributions faites à Prima et à Secunda étant seulement égale à ce disponible.

Nous venons de montrer que la Cour de Cassation a admis un ex-premier conjoint à bénéficier de l'action en retranchement dans le cas particulier où il était institué contractuel. Mais on a aperçu la fragilité de l'arrêt, et comme conclusion, nous continuons à soutenir que seuls les enfants peuvent demander la réduction ou le retranchement dans les termes des articles 1.098, 1.496 et 1.527, et seuls en bénéficier. Ce n'est que pour les enfants d'un premier lit que les avantages matrimoniaux indirects peuvent prendre le caractère de libéralité; et à l'encontre du fisc notamment, ces avantages demeurent des profits onéreux, même en présence d'enfants d'une précédente union (V. Dublincourt Tr. de l'enregistrement n° 1.366; Planiol et Ripert. T. IX, p. 385).

Il est utile de remarquer qu'il paraît évident et sans difficulté, que tout institué contractuel, tel le premier conjoint, serait recevable à faire réduire ou annuler toute *donation véritable*, faite à quiconque (au second conjoint par exemple), si cette donation était postérieure à l'institution contractuelle et lui faisait échec; ceci résulterait simplement des règles relatives aux institutions contractuelles et aux donations; et une demande en réduction serait admise dans les termes de l'article 1.083 du Code civil, compte tenu des textes sur la quotité disponible.

Mais cette question n'a aucun rapport avec les articles 1.098, 1.496 et 1.527 du Code civil et la protection des enfants d'un premier lit.

Et jamais un institué contractuel ne doit pouvoir faire retrancher un *avantage résultant de conventions matrimoniales* ou bénéficier d'un tel retranchement ; car un semblable avantage doit conserver, à l'égard de quiconque n'est pas enfant d'un premier lit, le caractère de convention entre associés qui lui est reconnu par la loi ⁽⁴⁷⁾ et qui doit faire échec à l'institution contractuelle.

III. — *De l'époque où l'action en réduction peut être exercée.*

Il résulte déjà de l'exposé qui précède, que l'article 1.098 établissant une réserve spéciale, c'est seulement *au décès* de l'époux remarié, donateur ou ayant procuré un avantage, que le droit à la réduction peut s'ouvrir (Rouen 20 février 1897, S. 99. 2.241).

Les enfants ne peuvent pas prendre de mesures conservatoires, car ils n'ont pas de droit, même éventuel, à sauvegarder. (Contra l'arrêt de Bordeaux précité du 5 Juillet 1824.)

Et il faut décider, comme conséquence, que les enfants d'un premier lit ne sont pas fondés, dans le cas de séparation de biens, de divorce ou de séparation de corps de leur auteur remarié, à intervenir dans l'instance concernant la liquidation des droits

(47) Voir ci-après, page 69, note 5, ce qu'on peut penser actuellement de ce caractère de convention entre associés admis par la loi pour les avantages résultant des régimes matrimoniaux communautaires.

des époux pour veiller à la conservation de leur réserve. Ils ne peuvent agir, s'il y a lieu, qu'après le décès de leur auteur. Si donc la seconde union se dissout du vivant des deux époux, la liquidation de la communauté doit être faite sans tenir compte des articles 1.496 et 1.527, sauf rectification et restitution à intervenir au décès de l'époux donateur (48).

Les enfants, si les conditions de l'article 1.098 demeurent remplies au décès de leur auteur, pourront, à ce moment seulement, demander la réduction de ce que le second conjoint a pu recueillir en trop lors de la liquidation de la communauté.

Une telle demande en réduction, postérieure à une liquidation, pourra se présenter également dans l'hypothèse où c'est l'époux ayant des enfants d'un premier lit qui survit à son conjoint bénéficiaire d'un avantage.

La liquidation de la communauté (dans laquelle interviendront naturellement les enfants du second mariage), sera faite sans qu'il puisse être question d'opérer un retranchement quelconque. Ce n'est qu'au décès du conjoint, auteur de l'avantage, et s'il existe encore des enfants du premier mariage, qu'une demande en retranchement pourra être faite contre

(48) Nous conseillons d'insérer dans une observation particulière de la liquidation, le fait qu'un époux est avantagé par le régime matrimonial, et que la présence d'enfants d'un lit précédent peut donner lieu plus tard à une action en réduction. Ceci atténuera l'effet de surprise qui pourrait résulter plus tard d'une demande en retranchement et aura l'avantage *d'avertir* les tiers susceptibles de contracter avec l'époux avantagé. (Voir la section ci-après, sur ce que nous appelons « l'action en retranchement à retardement ».)

les représentants du prédécédé. Surprise désagréable pour eux !

Peut-être cette action en réduction n'aura-t-elle plus aucune efficacité si ceux contre lesquels elle est dirigée sont insolvables. Mais l'action de l'article 1.098, est une action en réduction soumise à l'application des règles générales en matière de réduction pour atteinte à la réserve et notamment aux articles 920 et suivants du Code civil.

L'arrêt de la Cour de Cassation du 20 Avril 1881 ⁽⁴⁹⁾ a admis une conséquence logique de ce principe en décidant que les fruits de la portion sujette à restitution ne sont dus par l'époux donataire ou avantage qu'à compter du jour de la demande en réduction ou en retranchement, quand celle-ci a été formée plus d'une année après le décès du donateur.

Dans le sens que nous indiquons, la Cour de Limoges a statué le 29 Mai 1867 ⁽⁵⁰⁾, la Cour de Bourges le 28 Décembre 1891 ⁽⁵¹⁾ et la Cour de Rouen le 20 Février 1897 ⁽⁵²⁾.

Il faut noter toutefois que les décisions anciennes suivantes sont en sens contraire ; on trouve d'ailleurs en les parcourant, les opinions les plus variées, les plus imprévues et les moins fondées, tels sont : l'arrêt de Bordeaux précité du 5 juillet 1824 ⁽⁵³⁾, les arrêts

(49) S. 81, 1, 71.

(50) S. 67, 2, 337.

(51) S. 92, 2, 69.

(52) S. 99, 2, 241.

(53) S. 1822-1824, 2, 308.

de Grenoble (2 Juillet 1831) ⁽⁵⁴⁾, de Riom (9 Août 1843) ⁽⁵⁵⁾, de la Chambre civile du 2 Mai 1855 ⁽⁵⁶⁾. Suivant ces arrêts approuvés par M. Troplong (T. IV, n° 2.748), les enfants du premier lit seraient admis, du moins en cas de séparation de biens, et lorsqu'il est question de la liquidation des droits respectifs des époux, à intervenir dans l'instance, pour la conservation de la réserve à laquelle ils pourraient avoir droit lors de l'ouverture de la succession de leur auteur.

Il est impossible d'admettre cette manière de voir: tant que la succession n'est pas ouverte, la réserve ne constitue pas un droit, même éventuel. C'est bien ce que disent Aubry et Rau (§ 690, p. 283, note 39).

De vieux arrêts ont décidé d'autre part que les conventions de mariage pouvaient parfois n'être que des donations déguisées avec toutes les conséquences juridiques attachées à de telles donations. Ces arrêts visent le cas où l'un des époux, âgé au moment du mariage, fait l'apport de tous ses biens à la communauté, avec attribution totale de la communauté au survivant des époux. Cette manière de voir admise par certains auteurs (Planiol, Ripert et Rouast, T. IX, n° 971), nous semble très discutable. On peut consulter sur ce point: Bartin sur Aubry et Rau, VIII § 530, note 17; Baudry Lacantinerie, Lecourtois et Surville, II, n° 1449;

(54) S. 32, 2, 346.

(55) S. 44, 2, 15.

(56) S. 56, 1, 178.

Amiaud, III n° 1736; Ferron, note au Sirey 1900-1-233; Rodière et Pont, III, n° 1.607, Guillouard, III, n° 1.627.

IV. — *Du retranchement à retardement ou des effets possibles du retranchement à l'égard des tiers.*

Contre qui l'action en réduction peut-elle être exercée ? Conformément aux articles 920 et suivants du Code civil, les enfants peuvent exercer la réduction des libéralités et avantages excessifs faits au nouvel époux, non seulement, évidemment, contre cet époux lui-même, ou ses héritiers, mais encore contre les tiers détenteurs des immeubles à lui attribués, si les libéralités et avantages constituent un avantage réductible. (Art. 929 et 930 du Code civil.)

Nous attirons donc particulièrement l'attention sur le fait qu'il est indispensable, dans la pratique des affaires, quand on acquiert d'un époux, séparé de biens ou divorcé, des immeubles à lui attribués dans la liquidation d'une première communauté, d'examiner si l'autre époux n'a pas d'enfants d'un précédent mariage; dans l'affirmative, il faut avoir l'assurance que le conjoint attributaire desdits immeubles n'a pas bénéficié, ou ne pourra plus tard être censé avoir bénéficié, d'un avantage réductible aux termes des articles 1.098, 1.496 ou 1.527 (57).

(57) L'acquisition de droits réels sur de tels immeubles présenterait évidemment les mêmes dangers.

Si on ne prenait pas cette précaution, on risquerait d'être dépossédé ou de voir des droits réels anéantis lors d'une demande en réduction, par des enfants, quand surviendra le décès de leur auteur; c'est ce danger très grand et souvent ignoré, que nous appelons et proposons d'appeler le « *retranchement à retardement* ».

En voici un exemple pratique : Titus, veuf avec enfants, possède deux millions de valeurs ou d'espèces; il se remarie sous la communauté légale avec une femme sans fortune. Il divorce et on liquide la communauté qui se compose alors uniquement de deux millions d'immeubles, sans passif. Pour remplir la femme de ses droits dans la communauté on lui attribue un million d'immeubles. Ces immeubles demeurent sous le coup d'une action en retranchement à retardement, et les tiers ne peuvent acquérir sur eux que des droits incertains. Ils feront bien de s'abstenir.

Les notaires, en particulier, doivent se montrer très circonspects, et ne pas manquer d'envisager un tel retranchement.

Nous faisons, en outre, simplement remarquer que les enfants, du vivant de leur auteur, ne pourraient concourir ou intervenir à l'acte d'aliénation envisagé par le conjoint attributaire et avantagé, pour renoncer à l'action en retranchement et approuver l'aliénation. Une telle renonciation ne peut avoir lieu qu'après ouverture de l'action, c'est-à-dire après le décès de leur auteur remarié.

Des immeubles peuvent se trouver ainsi, pratiquement, hors du commerce, et pendant un temps très long. C'est d'ailleurs ce qui se passe pour les immeubles ayant fait l'objet de dons entre vifs. Mais cette hypothèse est connue de tout le monde, et l'attention est attirée par le fait, qu'en pareil cas, on est en présence d'un acte dont le caractère gratuit apparaît sans qu'on ait à le décéler.

CHAPITRE II

**Des textes qui tendent à assurer le respect
de la restriction de disposer envers un second époux
quand il y a dès enfants d'un premier lit.**

§ I. — LES ARTICLES 1.496 ET 1.527 DU CODE CIVIL DANS LEURS PRINCIPES ET LEURS CONSÉQUENCES.

Nous avons dit, dans l'introduction de cette étude, que la loi laissait toujours aux époux, pour les premiers mariages comme pour les suivants, la liberté d'établir leurs conventions matrimoniales. (Art. 1.387 C. civ. 1.496, § 1, 1.527 § 1 et 2.)

Or, les « conventions matrimoniales » ou la communauté légale, en un mot le mariage n'est parfois, pour certains, qu'un moyen simple de s'enrichir aux dépens d'autrui. Et la simplicité est souvent à la base des meilleures solutions (1). Un régime matrimonial,

(1) Citons incidemment que, récemment, un individu muni d'un conseil judiciaire, pour faire échec à son incapacité de disposer, a contracté un mariage (sans contrat), union qui fut dissoute quelques mois après par un divorce; la moitié de la fortune mobilière a été ainsi rendue libre, puisqu'il a bien fallu l'attribuer à la femme, d'ailleurs complice!

par son irrévocabilité, est même plus sûr qu'une donation !

On conçoit donc que les avantages résultant des mariages ou des contrats de mariage soient fréquents ; la communauté légale elle-même est souvent une duperie légale ; c'est ce qu'a exprimé M. Ambroise Colin, dont nous extrayons la pensée dans une note qu'il a écrite pour le recueil Dalloz (2).

« Le régime de la communauté légale, fait remarquer M. Colin, ne réalise l'égalité désirable entre les conjoints, l'équilibre entre les patrimoines, que moyennant un concours de circonstances qui est à peu près irréalisable : égalité non seulement dans les fortunes actuelles et futures des époux, mais aussi dans leur composition, passif identique, et profession des deux époux également productives ». Sous un tel régime, il y a, théoriquement du moins, toujours un époux désavantagé, sans autre manifestation de volonté de sa part que l'abstention de faire un contrat, et l'époux désavantagé ne recueille même pas la satisfaction morale de faire une donation, s'il le juge à propos.

Les régimes matrimoniaux demeurant toujours, en principe, librement choisis, les avantages en résultant sont, par suite, aussi fréquents dans les premiers mariages que dans les subséquents. Sans doute les articles 1.094 et 1.098 du Code civil protègent les enfants contre les donations véritables faites au conjoint

(2) D. 1901, 1, 434.

de leur auteur. Mais ces textes resteraient impuissants et pratiquement inefficaces devant les avantages indirects résultant de conventions matrimoniales libres (3), si de tels avantages revêtaient toujours le caractère de convention entre associés, les faisant échapper aux règles sur les donations et la quotité disponible.

Ce caractère est cependant généralement reconnu par la loi (4), qui, après avoir fixé une quotité disponible maxima entre époux, laisse le moyen d'y faire, suivant la volonté de chacun, plus ou moins complètement échec (5).

(3) On sait que la liberté des futurs époux est limitée par l'ordre public et les bonnes mœurs, et par quelques règles impératives du Code civil. Mais le principe de la liberté des conventions matrimoniales n'en demeure pas moins établi en France depuis le xvi^e siècle.

(4) Voir notre introduction.

(5) Dans la note précitée, M. Colin cherche incidemment l'origine du caractère de non-gratuité des avantages résultant des conventions sur la communauté. Il en trouve le premier fondement dans les règles et l'esprit qui présidaient à la formation des communautés au Moyen Age. M. Colin laisse voir que le code (et la jurisprudence qui a étendu les dispositions des articles 1.516 et 1.525 du Code civil), donnent maintenant tout à fait arbitrairement le caractère de non gratuité aux avantages matrimoniaux indirects, les motifs d'autrefois n'existant généralement plus. Nous avons dit d'ailleurs que, selon nous, il ne fallait voir là qu'une pure bienveillance du législateur pour les communautés, bienveillance impossible à justifier rationnellement, et qui est aujourd'hui considérée surtout comme *fiscale*, alors qu'autrefois, elle visait uniquement à assurer l'existence du survivant des conjoints qui aurait des biens propres insuffisants : c'était donc une sorte de bienveillance, à caractère *alimentaire*; nous en sommes loin en 1929 ! Mais il faut s'incliner devant le système actuel, tant que la loi ne sera pas modifiée.

Ce ne sont d'ailleurs que les conventions matrimoniales proprement dites, portant sur une masse commune, que la loi ne considère pas, en règle générale, comme des libéralités ; mais les

Mais ce moyen légal de tourner la loi n'existe plus quand il s'agit de la quotité disponible de l'article 1.098, c'est-à-dire quand l'avantagé est un second conjoint, en présence d'enfant d'un premier mariage. Le Code civil n'a pas entendu renouveler la vieille expérience qui avait précédé l'Edit de secondes noces: il a voulu que l'article 1.098 soit rigoureusement appliqué et que les futurs époux, même par contrat de mariage ou par absence de contrat, ne puissent indirectement augmenter les limites de recevoir, fixées par cet article.

La loi restitue donc, en présence d'enfants d'un premier lit, à tous les avantages que peut recueillir le deuxième conjoint, leur caractère *pratique* et véritable de libéralités (6).

Tout ceci résulte des articles 1.496 et 1.527. Quand on se marie, on peut avantager indirectement son premier conjoint, au détriment des enfants à naître, sans limite et sans crainte de réduction future. Mais quand on se remarie, on ne peut dépasser la quotité disponible au profit de son nouveau conjoint, même indirectement, qu'en tombant sous le coup d'une réduction possible, s'il existe des enfants du premier mariage à son décès.

Pour la loi, un second époux est un être dangereux

donations véritables, même faites par contrat de mariage, doivent entrer *dans tous les cas* en ligne de compte pour le calcul de la réserve et de la quotité disponible.

(6) Rappelons que vis-à-vis d'autres personnes, même réservataires (tels les ascendants), les avantages matrimoniaux gardent leur caractère de conventions entre associés.

quand il y a des enfants d'une union précédente; plus exactement, celui qui se remarie est considéré comme étant l'objet de tentations qui le poussent à oublier les intérêts pécuniaires de ses enfants déjà nés ; le législateur de 1804 se rappelait le préambule de l'édit de 1560 (7), et il n'a pas voulu que les enfants d'un premier lit pussent être victimes des faiblesses d'un père ou d'une mère qui prennent un nouvel époux. Remarquons qu'un célibataire peut avoir les mêmes faiblesses, mais la loi croit qu'elles doivent être plus rares. On n'a plus à craindre, dans ce cas, les sacrifices pécuniaires que l'époux se remariant est parfois obligé de consentir pour arriver à l'union désirée ; et il n'y a d'ailleurs pas une sorte de droit acquis pour les enfants qui ne sont pas nés et pour lesquels on peut s'attendre à l'affection des deux époux.

La loi aurait pu imposer un régime obligatoire pour les secondes nocces ; elle a préféré une protection plus souple (8). Tout régime matrimonial sera choisi et adopté librement (pour les individus capables) ; au-

(7) « Comme les femmes veuves ayans enfans sont souvens invitées à nouvelles nopces, et non cognaissans estre recherchées plus pour leurs biens que pour leurs personnes, elles abandonnent leurs biens à leurs nouveaux maris et... leur font des donations immenses, mettans en oubly le devoir de nature envers leurs enfans!... bien qu'elles devroient par tous moyens s'évertuer à leur faire double office de père et de mère ».

(8) En effet, la protection ne doit intervenir que s'il y a, au moment du décès de l'époux remarié, des enfants de son premier lit.

Nous exposerons dans notre conclusion ce qu'il faut penser de cette protection spéciale au point de vue juridique et pratique.

cune modification au régime ne sera apportée par la loi, par suite de la présence d'enfants d'un premier lit ; mais le profit, s'il existe pour le nouvel époux, sera simplement réductible, au décès de l'époux donateur, à la quotité disponible de l'article 1.098.

Tout ceci résulte des articles 1.496 et 1.527 du Code civil. En voici le texte :

Art. 1.496. — « Tout ce qui est dit ci-dessus — (il s'agit des règles sur la communauté légale), — sera observé, même lorsque l'un des époux ou tous deux auront des enfants des précédents mariages.

« Si toutefois la confusion du mobilier et des dettes opérerait, au profit de l'un des époux, un avantage supérieur à celui qui est autorisé par l'article 1.098, au titre des donations entre vifs et des testaments, les enfants du premier lit auront l'action en retranchement. »

Art. 1.527. — « Ce qui est dit aux huit sections ci-dessus, ne limite pas à leurs dispositions (celles des futurs époux) précises les stipulations dont est susceptible la communauté conventionnelle.

« Les époux peuvent faire toutes autres conventions, ainsi qu'il est dit à l'article 1.387, et sauf les modifications portées par les articles 1.388, 1.389 et 1.390.

« Néanmoins, dans le cas où il y aurait des enfants d'un précédent mariage, toute convention qui tendrait dans ses effets à donner à l'un des époux au delà de la portion réglée par l'article 1.098, au titre des donations entre vifs et des testaments, sera sans

effet pour tout l'excédent de cette portion; mais les simples bénéfices résultant des travaux communs et des économies faites sur les revenus respectifs, quoique inégaux, des deux époux, ne sont pas considérés comme un avantage fait au préjudice des enfants du premier lit. »

Le principe et le but de ces deux articles sont identiques; l'art. 1.496 vise spécialement l'hypothèse où l'avantage résulte de l'adoption de la communauté légale; l'article 1.527 prévoit le cas où il provient de stipulations insérées dans un contrat de mariage.

Dans l'une ou l'autre de ces hypothèses, le résultat sera le même : la réduction au disponible de l'article 1.098.

Comme il fallait s'y attendre, d'après les principes généraux de notre droit, la loi ne fait aucune distinction entre l'homme et la femme qui se remarient. D'autre part, le retranchement doit être demandé, et les juges ne pourraient certainement pas le prononcer de plein droit.

On remarque que l'article 1.496 qualifie « action en retranchement » l'action protectrice qu'il crée, tandis que l'article 1.527 ne donne aucune qualification à la disposition restrictive qu'il énonce.

Mais dans les deux articles en question, il s'agit d'une *action en réduction* d'avantages dépassant une quotité disponible; le nom spécial donné par l'article 1.496 s'explique historiquement ⁽⁹⁾. Et qu'il s'a-

(9) Dans son traité des donations entre vifs (n^{os} 212 et s.), Pothier appelle d'ailleurs « action en retranchement » l'action en

gisse de l'action prévue par l'article 1.496 ou de celle créée par l'article 1.527, ce sont des règles identiques qu'il faudra appliquer, celles posées par les articles 920 et suivants du Code civil ⁽¹⁰⁾. Dans cette étude, nous employons indistinctement l'une ou l'autre des expressions « action en retranchement » ou « action en réduction ».

La loi soumettant au retranchement l'avantage provenant de l'adoption du régime légal comme celui résultant de stipulations conventionnelles, on peut se demander quel est le fondement de cette assimilation. Les auteurs admettent généralement la conception de l'ancien droit selon laquelle les règles de la communauté légale sont adoptées par *convention tacite*. L'avantage se trouverait être ainsi, dans les deux hypothèses, le fruit de la *volonté* des époux.

Nous ne pouvons accepter cette manière de voir ; en effet, les époux ignorent le plus souvent complètement les règles de la communauté légale (que le législateur ne leur fait pas même indiquer au moment de la célébration de leur mariage), et, de plus, lorsque des époux, par suite de l'annulation de leur contrat de mariage, se trouvent soumis au régime légal, il est impossible de soutenir qu'ils ont voulu tacitement adopter un tel régime !

Pour nous, les époux ne faisant pas de contrat de

réduction de droit commun, et inversement il parle souvent de réduction quand il traite des avantages matrimoniaux (contrat de mariage n° 544, etc.).

(10) Cass. Req., 20 avril 1880, D. 80, 1, 428. S. 81, 1, 71.

mariage veulent simplement s'en remettre à la loi qui se substitue alors à eux pour poser des règles, non pas interprétatives de leur volonté (ils n'en ont, souvent, aucune!), mais des règles impératives. Et le régime sans contrat nous apparaît comme un des effets légaux du mariage (au même titre, par exemple, que les devoirs entre époux).

Cette question n'intéresse d'ailleurs que théoriquement et indirectement notre étude; elle ne prend un caractère pratique qu'en matière de droit international privé (11). En effet, que l'avantage résultant du régime légal provienne de la volonté des époux, tacitement exprimée, ou qu'il soit la conséquence d'un effet attaché par la loi au mariage sans contrat (c'est-à-dire qu'il y ait eu ou non, à la naissance de l'avantage, une « intention libérale »), il est sujet à retranchement de la même façon, c'est du moins ce que nous constaterons ci-après dans la section première du paragraphe suivant.

Un arrêt de la cour de Nancy, du 25 Février 1891, que nous critiquerons plus loin, a cependant voulu faire cette distinction et en tirer des conséquences relativement à l'imputation de l'avantage sur la quotité disponible (12). Nous reviendrons sur cette question dans la deuxième partie de cette étude.

Quoi qu'il en soit, quand les avantages indirects présentent vis-à-vis d'enfants d'un premier lit, le ca-

(11) Consultez Planiol et Ripert, t. VIII, n^{os} 8 et suiv.).

(12) V. une note de M. Planiol sous l'arrêt de Nancy du 25 février 1891 (D. 91, 2, 353) qu'il combat savamment.

ractère de libéralité que leur donnent les articles 1.496 et 1.527 du C. civ., il faut déduire les conséquences suivantes, généralement admises ⁽¹³⁾ :

1) De tels avantages seront imputables sur l'usufruit légal de l'article 767 avec lequel ils ne peuvent pas se cumuler. (Cass. Req., 25 Juin 1912) ⁽¹⁴⁾.

2) Ils seront imputables sur la quotité disponible ⁽¹⁵⁾, en sorte que (l'avantage matrimonial ayant pris naissance dès le jour du mariage), la quotité disponible se trouve diminuée dès ce moment et que l'époux remarié ne peut désormais disposer, au profit d'autres personnes, que de l'excédent, s'il existe, de la quotité disponible sur l'avantage.

Les notaires ne manquent pas d'éclairer leurs clients sur les conséquences irrémédiables pouvant résulter pour eux d'avantages matrimoniaux trop importants qui, épuisant d'un seul coup l'ensemble de la quotité disponible, peuvent, et sans qu'il s'en doute, priver l'un des époux de la faculté de tester efficacement.

3) Si ces avantages portent atteinte à la réserve des enfants d'un lit précédent, il y aura naissance de l'action en réduction.

(13) Comparer ces conséquences avec celles attachées à l'hypothèse inverse où l'avantage a un caractère de non-gratuité. (Voir notre introduction, p. 13).

(14) D. 1913, 1, 173 ; S. 1914, 1, 465.

(15) Cass. Req., 20 avril 1880. D. 80, 1, 428 ; S. 81, 1, 70, Bourges, 28 décembre 1891, D. 93, 2, 169, note de M. Planiol ; S. 92, 2, 69 ; Rouen, 11 février 1892, S. 92, 2, 164 ; Paris, 30 novembre 1910 ; D. 1915, 2, 9 ; contra cependant Nancy, 25 février 1891, précité ; cet arrêt unique est d'ailleurs très critiqué.

Toutes ces conséquences sont ici simplement indiquées ; elles apparaîtront dans tous leurs détails dans notre deuxième partie, quand nous donnerons des exemples de calculs et de liquidations.

Envisageons maintenant les hypothèses qui donnent naissance à un avantage sujet à ce retranchement.

§ II. — DES HYPOTHESES DANS LESQUELLES APPARAÎT
UN AVANTAGE SUJET A RETRANCHEMENT.

Section 1.

De la non-influence de l'intention libérale

Quelques mots d'abord sur le rôle de l'intention des époux en matière d'avantages indirects résultant des conventions de mariage.

Pour juger si le régime matrimonial adopté lors d'un second ou subséquent mariage a procuré un avantage au nouveau conjoint, on doit faire abstraction complète de l'intention des époux, ainsi que des éventualités de bénéfices ou de pertes prévues au contrat, qui ne sont pas devenues des réalités ; il faut seulement considérer les effets du régime légal ou des clauses du contrat, c'est-à-dire leurs conséquences réelles dans la liquidation des droits respectifs des époux. D'ailleurs, le Code le dit expressément dans l'article 1.527, où il est parlé de « toute convention qui tendrait dans ses effets... ». (Cass. Req., 25 Juin 1912 précité.)

Peu importe donc l'intention si l'avantage existe

en fait, et si son existence est démontrée. Ceci est aujourd'hui généralement admis (16).

Mais il faudra, pour savoir si le nouvel époux se trouve avantagé, balancer entre elles, s'il y a lieu, toutes les conséquences du régime adopté ou toutes les clauses du contrat de mariage, de manière à compenser, avec le profit que tel fait ou telle stipulation aura procuré au nouvel époux, la perte que tels autres auront pu lui faire éprouver (17). D'une façon générale, on peut donc dire avec MM. Planiol et Ripert (T. IX, p. 383), que la loi a établi, en ce qui concerne les avantages matrimoniaux indirects, deux présomptions : l'une, en faveur de leur caractère de « convention entre associés », lorsqu'il n'y a pas d'enfant d'un précédent lit ; l'autre, inverse, donnant à tous ces avantages, lorsqu'il y a des enfants d'une union précédente et en leur seule faveur, le caractère de « libéralité », sans qu'il soit nécessaire ou possible de prouver qu'en fait, l'époux remarié a eu, ou n'a pas eu, une intention libérale. En établissant ces présomptions, le législateur a voulu écarter toute recherche de l'intention des époux, si délicate à déterminer.

Ces remarques faites, examinons les avantages sujets à retranchement que l'on peut rencontrer, d'abord

(16) Planiol, t. III, n° 1.407; Planiol et Ripert, t. IX, p. 382 ; Bourges, 28 décembre 1891 ; S. 1892, 2, 69 ; Rouen, 11 février 1892, S. 1892, 2, 164.

(17) Nous reviendrons aussi sur cette question dans notre deuxième partie, quand nous traiterons du calcul de l'avantage, et exposerons les difficultés rencontrées pour évaluer les différents avantages.

dans le régime légal, ensuite sous des régimes conventionnels.

Section II. — Des avantages sujets à retranchement que l'on peut trouver dans une communauté légale.

L'article 1.496 prévoit spécialement l'avantage provenant de la confusion du mobilier et des dettes, sans spécifier ce qu'il faut entendre par mobilier et par dettes. Nous allons donner quelques précisions et montrer que l'action en retranchement ne doit pas être restreinte à l'avantage résultant de la confusion, au moment du mariage, des apports mobiliers.

1) L'expression mobilier comprend tout ce qui est réputé meubles par le Code civil ou la jurisprudence moderne et qui tombe en communauté. Nous laisserons de côté ici les difficultés concernant la composition active et passive de la communauté et les hypothèses dans lesquelles on peut douter qu'il y ait ou non confusion ; ceci dépasserait le sujet de cette étude.

Rappelons seulement que l'expression « mobilier » s'applique aux valeurs mobilières et incorporelles, aux droits et actions de toute nature se rattachant aux choses mobilières, aux rentes, aux usufruits mobiliers, aux fonds de commerce, aux droits à un bail (Orléans, 16 mai 1866) (18), à la valeur vé-

(18) D. 66, 2, 95. Cet arrêt décide expressément le retranchement d'avantages résultant d'un droit à un bail tombé en communauté.

nale du droit de présentation attaché à un office public ou ministériel, etc... Rappelons que les biens échus aux époux par donation ou legs ne sont pas confondus dans la masse commune, si le donateur ou le testateur les a exclus de la communauté. (Art. 1.401 du C. Civ.).

Quant aux dettes confondues, ce sont celles visées par l'art. 1.409 § 1^{er} du Code civil, c'est-à-dire toutes les dettes mobilières (19) dont les époux sont grevés au jour de la célébration du mariage.

Pour toutes ces questions concernant les règles de la composition de la communauté légale, nous renvoyons aux études nombreuses qui les traitent spécialement.

Nous ne nous attachons qu'au résultat de la confusion du mobilier et des dettes, quand elle existe.

Voici un exemple d'avantage indirect sous le régime légal : Prima, veuve en premières noccs, avec trois enfants, possède uniquement 400.000 francs de valeurs mobilières et n'a pas de dettes ; elle se remarie avec Tertius, sous le régime de la communauté légale (20). Tertius a une dette de 300.000 francs et son patrimoine ne comprend aucun actif mobilier.

(19) Dans notre droit, on peut pratiquement dire que toutes les dettes sont mobilières. Citons un des cas exceptionnels de dette immobilière : la vente de tant de mètres de terrain à prendre, au choix du vendeur, dans un plus grand terrain lui appartenant.

En fait, tout ce que l'on entend par dette, a un caractère mobilier ; le prix d'acquisition d'un immeuble non encore payé est bien, en particulier, une dette mobilière.

(20) Soit en s'abstenant de faire un contrat de mariage, soit en en faisant un adoptant le principe du régime légal.

Tertius, du fait de ce mariage, va recueillir un avantage de 350.000 francs. En effet, d'une part, sa dette sera supportée par les biens mobiliers de Prima, et il aura droit, d'autre part, à la moitié des 100.000 francs formant l'actif net de communauté ! Cet avantage de 350.000 francs sera réductible, aux termes des articles 1.496 et 1.098, à 100.000 francs. (En supposant, comme nous le dirons dans notre deuxième partie, que les 100.000 francs non absorbés par le paiement de la dette de Tertius soient demeurés intacts, quant à leur valeur, jusqu'au décès de la femme.)

II. — L'article 1.496 a donné lieu à une discussion qui fut fameuse: l'avantage qu'il prévoit est-il réductible non seulement lorsqu'il résulte de la confusion des apports mobiliers ou des dettes *existant* lors du mariage, mais encore lorsqu'il provient de la confusion du mobilier *advenu* aux époux pendant le cours du mariage, par exemple par successions, dons, legs, ou autrement ?

L'affirmative est depuis longtemps admise; ce qui fait perdre de l'intérêt à la question (21).

La justification de cette manière de voir apparaît d'une façon particulièrement nette, dans les termes

(21) Caen, 21 novembre 1868, S. 69, 2, 262; D. 70, 2, 159.

Bourges, 28 décembre 1891, S. 92, 2, 69; D. 93, 2, 169.

Rouen, 11 février 1892, S. 92, 2, 164.

Paris, 30 novembre 1910, D. 1915, 2, 9.

Nous ne connaissons pas d'arrêt de la Cour de Cassation relatif à cette question, mais les Cours d'appel sont unanimes.

de l'arrêt de la cour de Caen, du 21 Novembre 1868, cité en note.

Voici l'argumentation que l'on peut donner en faveur de la solution admise. L'expression employée par l'article 1496 de « confusion du mobilier et des dettes » serait difficilement intelligible, si elle n'avait pas une portée générale, car on ne saurait plus quel mobilier et quelles dettes l'article 1496 a en vue.

Or, il résulte du premier paragraphe de cet article que tout ce qui a été dit sur la communauté légale sera observé même lorsque les époux ou l'un d'eux auront des enfants d'un précédent mariage. L'article en question se réfère même aux dispositions antérieures, parmi lesquelles les articles 1401 et 1409 qui font entrer en communauté, sans distinction, le mobilier des époux, présent et futur. Le législateur n'avait donc pas à préciser dans l'article 1496 de quel mobilier il s'agissait, à moins qu'il n'eût voulu restreindre l'action en retranchement, à la confusion des apports seuls. On ne voit, d'autre part, aucune raison d'établir une distinction entre la confusion qui s'opère au moment du mariage et celle qui se réalise après.

D'ailleurs, le but de la loi, qui résulte si clairement de l'ensemble des textes que nous avons étudiés, serait en partie manqué, si l'avantage provenant de la confusion qui s'opère pendant le mariage n'était pas réductible.

Les adversaires de cette manière de voir citent l'ar-

ticle 1.542 du Code civil ⁽²²⁾, pour en déduire que le mot « mobilier », employé seul, ne peut comprendre que les apports. Mais la preuve contraire résulte de l'article 1.542 lui-même, puisque, si, grammaticalement et juridiquement, le mot mobilier signifiait uniquement le mobilier présent, le législateur n'aurait pas cru bon d'ajouter à l'article 1. 542 un alinéa spécial pour décider que la constitution, en termes généraux, de tous les biens de la femme, ne comprend pas les biens à venir ; sans doute pourrait-on encore invoquer contre la solution jurisprudentielle celle admise dans notre ancien droit ; mais l'édit de secondes noces se servait du mot « donner » et ne prohibait que les donations. Or, les articles 1.496 et 1.527 ne se préoccupent nullement de la volonté des époux, mais uniquement des résultats, et l'esprit du législateur apparaît quand il déclare réductible « toute convention qui, dans ses effets », etc...

Au surplus, dans l'exposé des motifs des articles 1.496 et 1.527, l'orateur du gouvernement a déclaré que le législateur moderne ne s'était, sur ce point, attaché ni à la législation romaine, ni à l'édit de secondes noces.

Nous considérons cette question comme tranchée définitivement.

(22) Art. 1.542. — « La constitution de dot peut frapper tous les biens présents et à venir de la femme, ou tous ses biens présents seulement, ou une partie de ses biens présents et à venir, ou même un objet individuel.

La constitution, en termes généraux, de tous les biens de la femme, ne comprend pas les biens à venir... »

Le résumé de cette section peut être fait de la manière suivante : dans une communauté légale, un avantage réductible apparaîtra pour le nouvel époux quelle qu'ait été son intention : 1° si ses apports mobiliers sont inférieurs à ceux de l'époux remarié ; 2° s'il est grevé, au moment de son mariage, de dettes supérieures à celles de son conjoint ; 3° si, pendant le mariage, l'époux remarié recueille seul des successions, des dons ou des legs tombant dans la communauté.

Il faudrait concevoir l'acceptation de successions mobilières déficitaires pour que les dettes échues au nouvel époux pendant le cours du mariage pussent créer un avantage réductible.

Il est important de remarquer, que, dans une communauté légale, les biens acquis pendant le mariage autrement que par succession, donation ou legs, c'est-à-dire ceux provenant des économies ou du travail des époux ne sont jamais considérés comme un avantage réductible, quelles que soient l'inégalité dans les revenus des époux et la différence d'importance des produits de leur activité. Cette règle, posée par l'article 1.527, est générale, à condition toutefois, décide la jurisprudence, que lesdits biens fassent l'objet d'un partage par moitié (ce qui est toujours le cas dans un régime purement légal). Nous envisagerons cette question avec plus d'ampleur dans la section suivante. (Voir *infra*, p. 89.)

*Section III. — Des avantages sujets à retranchement
que l'on rencontre par suite de stipulations
conventionnelles.*

La loi laissant la plus grande liberté aux futurs époux pour établir leurs conventions de mariage, il n'est pas possible d'énumérer toutes les stipulations qui peuvent donner naissance à un avantage pour l'un des époux.

Nous les avons classées déjà (23). Rappelons-en ici quelques-unes en faisant des remarques sur celles pouvant donner lieu à des difficultés théoriques (24).

Il est utile d'observer d'abord que le régime de la communauté de biens réduite aux acquêts qui, de beaucoup, est le régime conventionnel le plus souvent adopté, ne confère par lui-même, à l'un ou à l'autre des époux, aucun avantage réductible ; seuls les acquêts (constitués par les travaux communs et les économies sur les biens respectifs des époux) constituent la masse commune, et le partage par parts égales de ces biens ne présente pour la loi, aucun avantage sujet à ce retranchement.

Mais, d'une part, le régime de la communauté de biens réduite aux acquêts, n'est pas l'unique régime conventionnel adopté, et, d'autre part, des clauses

(23) Voir notre introduction.

(24) Dans ces sortes d'avantages l'intention importe peu ; il suffit que l'avantage existe en fait. (Voir supra, la section première de ce paragraphe.)

nombreuses et créatrices d'avantages peuvent être jointes à ce régime. Telles sont :

1° Les clauses d'ameublement, par lesquelles les époux ou l'un d'eux font entrer en communauté tout ou partie de leurs biens propres. Ces clauses ont une étendue variable, au gré des stipulants ;

2° Les stipulations de « communauté universelle », dont l'effet est de mettre en commun non seulement les fortunes mobilières des époux, mais aussi leurs immeubles, c'est-à-dire l'ensemble de leur patrimoine ;

3° Les clauses de préciput, en vertu desquelles l'époux survivant ou l'un des conjoints a le droit de prélever, avant tout partage de la masse de communauté, une somme fixée au contrat, ou tels biens, en nature ;

4° Les conventions modifiant le partage par parts égales des biens communs ; par exemple, la clause aux termes de laquelle le mari sera attributaire du quart de la communauté et la femme des trois-quarts ; ou la stipulation par laquelle le survivant des époux aura les trois quarts de la communauté.

Citons encore la clause fréquente qui donne au survivant des époux un droit d'usufruit sur la communauté (25), ou la jouissance gratuite pendant sa vie

(25) Les clauses de cette nature sont, parfois, quand le contrat de mariage est imprécis, difficiles à distinguer de donations véritables. Voici un criterium : on sera en présence d'une convention de mariage si la clause ne porte que sur la masse de communauté. Dans le cas contraire, on est généralement en face d'une donation.

de locaux dépendant d'immeubles communs; ou encore le droit à un bail en cours au décès. Dans cette dernière hypothèse, l'avantage n'apparaîtra que si l'époux bénéficiaire paye un loyer inférieur à la valeur locative véritable, c'est-à-dire si le bail est avantageux pour le locataire.

Citons en outre les clauses dites de « forfait de communauté » et les clauses de reprise d'apports « francs et quittes ».

On ne regarde généralement pas comme un avantage la somme stipulée pour le « deuil de la veuve ». Cependant une telle manière de voir ne peut être qu'une simple bienveillance ; et si la valeur fixée par la convention était excessive eu égard à la fortune et à l'état du mari, l'excédent serait un avantage soumis à la réduction.

Le régime dotal et le régime de séparation de biens ne créent pas, en principe, pour l'un ou l'autre des époux d'avantages indirects réductibles (26). Mais il pourrait en être autrement si une société d'acquêts, dont le partage par parts égales serait écarté, était jointe au régime principal adopté. Une société d'acquêts, unie à un autre régime, est gouvernée en effet par les mêmes règles qu'une communauté.

Une assurance sur la vie, dont le bénéficiaire serait le nouveau conjoint, pourrait constituer un avantage

(26) V. ce qui sera dit ci-après p. 92 et suiv., au sujet des conséquences possibles des articles 1.539 et 1.578 du Code civil concernant les revenus des propres ou des paraphernaux de la femme; voir aussi l'introduction de cette étude.

réductible. On sait qu'en pareille hypothèse, c'est le montant des primes versées par le stipulant à la compagnie d'assurances qui, à l'égard des héritiers réservataires, représente la valeur de la libéralité. Et encore faut-il que les primes aient été en disproportion avec les revenus du stipulant. En outre, la réduction ne pourrait excéder l'importance de l'avantage recueilli, même si le montant des primes lui était supérieur. (Cass., 4 Août 1908, S. 1909-1-5 ; Cass., 2 Août 1909, S. 1910-1-540 ; L. Maguet, T. I, n° 1227.)

Nous verrons plus loin les preuves à fournir par les enfants pour obtenir le retranchement des libéralités excessives.

Nous allons étudier maintenant, plus spécialement, les trois points suivants qui semblent mériter un intérêt particulier, soit par l'importance pratique qu'ils présentent, soit parce qu'on les voit très rarement traités : d'abord le partage des bénéfices résultant des travaux communs et des économies ; ensuite la question de savoir si l'abandon par une femme dotale ou séparée de biens, des revenus de ses biens propres ou de ses paraphernaux (art. 1.539 et 1.578 du C. civ.) peut constituer un avantage indirect réductible.

Enfin, nous rechercherons si la faculté, résultant d'un contrat de mariage ou d'un testament, et donnée par l'époux à son nouveau conjoint, de prendre pour le remplir de ses droits les biens qui lui plaisent dans la communauté ou la succession, peut constituer un avantage sujet à retranchement. A cette occasion, nous dirons quelques mots sur les clauses dites « d'at-

tribution de fonds de commerce » et sur les « legs d'option » (27).

A. — *Du partage des économies sur les revenus ou les produits de l'activité des époux, dans un régime de communauté.*

Nous avons déjà dit que, d'après les termes mêmes de l'article 1.527 (que l'on considère comme sous-entendus dans l'article 1.496), les simples bénéfices résultant des travaux communs et des économies faites sur les revenus respectifs des époux, ne sont pas considérés, par la loi, comme un avantage fait au préjudice des enfants du premier lit, mais que la jurisprudence décidait qu'il n'en était ainsi qu'autant que le partage desdits bénéfices avait lieu par parts égales entre les deux époux. La convention d'après laquelle le nouvel époux aurait droit à une part, soit en pleine propriété, soit en nue-propiété, soit même en usufruit, excédant la moitié dans les bénéfices et économies réalisées pendant le mariage, donnerait naissance, pour ce qui excéderait cette moitié, à un avantage qui serait réductible dans les termes de l'article 1.098 ; alors même que les revenus du nouvel époux auraient été plus élevés que ceux de son conjoint, ou que son industrie aurait procuré à la communauté des bénéfices

(27) M. Javaux a étudié spécialement l'application de l'action en retranchement en matière de retraites sur la vieillesse. Voyez sa thèse, Paris, 1914.

plus considérables (28). Voici encore quelques remarques sur cette disposition de l'article 1.527 et sur la restriction apportée par la jurisprudence.

Sous la réserve indiquée, l'inégalité dans les revenus ou les produits de l'activité des époux ne constitue donc jamais un^e avantage indirect réductible. Il est vrai, d'ailleurs, que pour la majorité des ménages français, l'inégalité des bénéfices résultant des travaux des époux n'existe pas ou n'est souvent qu'apparente, bien que le travail du mari enrichisse la communauté alors que la femme n'exerce aucune profession lucrative ; et ce serait un lieu commun que de développer le « leit motiv » des partisans des régimes communautaires, c'est-à-dire, l'idée que par ses économies et les soins qu'elle donne au ménage la femme apporte à la communauté une activité qui l'enrichit grandement.

En ce qui concerne les revenus proprement dits, les auteurs pensent généralement que le législateur a dû considérer qu'ils doivent être dépensés, « *lautius vivendo* » et que, par conséquent, les enfants des premiers lits ne doivent pas s'attendre à les trouver dans la succession et se considérer lésés

(28) Il a été jugé notamment le 30 juin 1928, par le Tribunal civil de la Seine, que lorsque les enfants issus d'une première union exercent l'action en retranchement, le second époux ne peut compenser, avec les avantages résultant à son profit de la confusion du mobilier et des dettes, les profits que la communauté légale a pu réaliser de son chef par la différence entre les produits de son travail et de celui du mari, non plus que par les charges imposées à la communauté par la mauvaise santé du mari. Le partage des économies par moitié ne peut jamais donner lieu à un avantage réductible.

s'ils n'en rencontrent pas trace au décès de leur auteur.

Ces deux explications ne nous semblent pas complètement fausses, mais elles nous paraissent suffisamment inexactes pour ne pas les considérer comme la justification de la disposition de la loi et de la restriction jurisprudentielle.

Pour nous, la solution du Code trouve son fondement uniquement dans sa simplicité nécessaire, une solution contraire étant pratiquement inconcevable. Nous verrons, en effet, et en ne considérant que les capitaux, les grandes difficultés que l'on rencontre lorsqu'il s'agit des calculs et de la preuve de l'avantage. Si l'on devait y mêler les revenus, il faut admettre que la tâche du liquidateur serait des plus ardues et le plus souvent impossible, en raison du manque de comptabilité des époux, ou de son insuffisance et de ses fraudes.

Mais, et la solution de la jurisprudence renforce notre manière de voir, dès que l'on se trouve en présence de revenus économisés, « capitalisés », on ne se heurte plus à l'impossibilité indiquée; on se trouve en présence de biens parfaitement déterminés, et on comprend pourquoi, alors, la Cour de Cassation décide que le partage de tels capitaux, malgré leur origine, ne pourra avoir lieu que par moitié, tout excédent de cette moitié étant considéré comme un avantage réductible. Or, ce partage par moitié peut constituer un avantage véritable, alors que, précisément, la stipulation d'un partage

inégal des bénéfices avait peut-être pour but de rétablir l'égalité entre les époux en compensant, par exemple, les différences de leurs revenus.

La jurisprudence nous semble parfaitement en harmonie avec l'esprit de la loi et conforme à la règle « *exceptio est strictissimae interpretationis* ». Elle est d'ailleurs unanime (Cassation requêtes 22 Mai 1855 ; D. 55. I. 321. S. 55. I. 513) ; Cass. 13 Avril 1858. S. 58. I. 426 ; D. 58. I. 406 ; Cass. 3 Décembre 1861 S. 62. I. 12 ; Cass. 20 Avril 1880. S. 81. I. 71).

Remarquons simplement, pour terminer nos observations sur cette matière, qu'on ne saurait considérer comme économies faites sur les revenus respectifs des époux, les loyers et fermages payés d'avance et s'appliquant à une époque postérieure à la durée de la communauté. (Orléans 16 Mai 1866. S. 66. 2. 95 ; Cass. civile 3 Décembre 1861. S. 62. I. 43).

Il en serait de même évidemment de tous autres revenus encaissés par la communauté du chef de biens propres aux époux, s'ils étaient afférents à une période s'étendant en deçà ou au delà de la durée du mariage ou de la communauté (L. Maguet T. I. n° 924).

B. — *Sous un régime non communautaire, l'abandon des revenus fait pendant le mariage par la femme remariée à son nouveau mari constitue-t-il un avantage indirect réductible ?*

Nous envisageons ici le cas d'une femme dotale

ou séparée de biens qui abandonne les revenus de ses biens paraphernaux ou de ses biens propres à son mari.

De tels abandons sont d'ailleurs prévus par deux articles du Code civil.

L'article 1539 est en effet ainsi conçu : « Lorsque la femme séparée a laissé la jouissance de ses biens à son mari, celui-ci n'est tenu, soit sur la demande que sa femme pourrait lui faire, soit à la dissolution du mariage, qu'à la représentation des fruits existants, et il n'est point comptable de ceux qui ont été « consommés » jusqu'alors ». Et voici l'article 1578 : « Si le mari a joui des biens paraphernaux de sa femme sans mandat, et néanmoins sans opposition de sa part, il n'est tenu à la dissolution du ménage ou à la première demande de sa femme, qu'à la représentation des fruits existants, et il n'est point comptable de ceux qui ont été consommés jusqu'alors ».

Et l'on sait que la jurisprudence considère comme « consommés » les fruits qui ont cessé d'être en la possession du mari ou même qui ont été simplement employés à son nom ! (ainsi l'a formellement décidé la Cour de Cassation dans son arrêt du 18 Juin 1908) (29).

Il n'est donc pas douteux, que, dans le cas envisagé actuellement, le mari puisse retirer un avantage parfois considérable de l'abandon des revenus

(29) S. 1910, 1, 369 et la note de M. Charmont.

par la femme ; mais cet avantage est-il sujet à retranchement par les enfants d'un premier lit ?

La question n'est venue devant les tribunaux, à notre connaissance, qu'une seule fois, au sujet des revenus de biens paraphernaux, et elle a été résolue par la négative. La Cour de Cassation a décidé, en effet, le 19 décembre 1843 ⁽³⁰⁾, que le mari d'une femme ayant des enfants d'un premier mariage et qui a joui des paraphernaux de son épouse, sans mandat, mais sans opposition de sa part, n'était pas plus tenu que le mari d'une femme qui n'aurait pas d'enfants d'un premier mariage, de rendre compte, aux héritiers de son épouse, des fruits de ses paraphernaux, perçus et « consommés » : il n'y aurait pas là un avantage indirect réductible.

Telle est la décision de la Cour de Cassation ; l'article 1.578 repose, en effet, sur la présomption légale que les fruits ont été employés aux dépenses du ménage, ce qui ne permet pas de supposer que le mari les a appliqués à son profit personnel, que sa femme ait des enfants d'un premier mariage ou qu'elle n'en ait pas. Sans doute, sous l'ancien droit, le mari n'était pas comptable des fruits des paraphernaux touchés par lui qu'autant qu'il n'en avait pas profité et n'en était pas devenu plus riche ⁽³¹⁾. Mais ce sont précisément les inconvénients et les difficultés de la preuve d'un pareil fait qui ont motivé la dispo-

(30) S. 43, 1, 166.

(31) En ce sens Roussilhe. Traité de la dot. t. I, n° 161 et 162.

sition de l'article 1.578 du Code civil. Et comme ces inconvénients se présentent aussi bien dans le cas de remariage que dans celui d'un premier mariage, on doit reconnaître que l'article 1.578 doit régir les deux hypothèses.

Nous croyons donc que la décision de la Cour de Cassation se justifie par cet intérêt pratique, et qu'elle s'impose par la nécessité d'éviter des recherches odieuses et difficiles. Mais nous ne pouvons pas approuver les arguments du rapporteur de l'arrêt qui s'est exprimé en ces termes : « Il est à désirer, dit la loi romaine, que la femme qui confie à son mari sa personne, lui confie également le gouvernement de sa fortune; le Code a donc admis cette présomption que la femme qui laisse le mari jouir de ses paraphernaux lui donne une marque de confiance naturelle, et qu'elle veut s'acquitter d'une obligation que la loi lui impose. Elle est censée alors n'avoir abandonné à son mari ses revenus que pour qu'il les employât aux besoins du mariage, ceci n'est pas un avantage fait au mari en violation de l'article 1.098; c'est de la part de la femme l'acquit d'une dette; voilà pourquoi l'abandon ne peut être assimilé à une donation ! » Le lecteur ne peut manquer de voir la faiblesse d'un tel raisonnement.

Remarquons que l'abandon des revenus prévu par l'article 1.578 a donné lieu à un autre arrêt de la Cour de Cassation du 18 juin 1908 ⁽³²⁾, et que les en-

(32) S. 1910, 1, 369, note de M. Charmont. V. aussi S. 31, 1, 76.

fants du premier lit, dans l'espèce jugée, n'ont même pas tenté de soutenir qu'un tel abandon constituait un avantage indirect fait au mépris de l'article 1.098. La Cour a simplement eu à se prononcer sur la question de savoir ce qu'il fallait entendre par fruits consommés, et elle a conclu de nouveau que leur emploi au nom du mari valait consommation et que ce dernier n'avait dès lors aucun compte à rendre aux enfants. Solution injuste, mais solution pratique.

Mais si, dans cet arrêt, la Cour n'a pas eu à trancher de nouveau la question de réductibilité possible, en vertu de l'article 1.098, de l'avantage résultant de l'abandon des fruits, M. Charmont dans sa note (33), n'a pas manqué de l'envisager. Pour lui, on est lié par le principe suivant lequel « les avantages résultant de l'adoption ou de l'application des conventions matrimoniales ne sont pas réputés avoir le caractère de libéralité ». Mais nous avons dit que ceci n'est vrai que pour les conventions de mariage concernant une communauté. D'autre part, M. Charmont indique que les « tempéraments » (?) prévus par les articles 1.496 et 1.527 sont spéciaux aux régimes de communauté. Sans doute, les règles posées par ces articles concernent-elles uniquement de tels régimes, mais, dans l'hypothèse envisagée actuellement, l'article 1.098 ne pourrait-il pas se suffire à lui-même ?

Selon nous, M. Charmont eut mieux fait de s'en tenir aux motifs pratiques de l'arrêt de 1843 ci-dessus

(33) S. 1910 1. 369, note de M. Charmont.

analysé ; nous n'apercevons pas d'autre explication possible.

Par analogie avec les biens paraphernaux, nous pensons qu'il faut adopter la même manière de voir en ce qui concerne l'abandon par la femme séparée de biens des revenus de ses biens propres.

La question présente un intérêt actuel par suite de la fréquence de jour en jour plus grande des séparations de biens contractuelles, d'ailleurs souvent conseillées en cas de secondes noces (34). Remarquons, en outre, qu'un tel abandon par une femme séparée de biens est presque la règle générale : les femmes françaises étant généralement peu portées à toucher leurs revenus elles-mêmes, tant qu'elles demeurent en bonne intelligence avec leurs maris.

C). — *Des clauses dites de « prélèvement » et des « legs d'option », et de l'avantage indirect pouvant en résulter* (35).

Rappelons, préalablement, que la doctrine et la jurisprudence sont d'accord pour reconnaître au testateur, le droit non seulement de choisir lui-même les biens qui feront l'objet de son legs, mais celui de « léguer » ce choix au légataire lui-même. La Cour de Cassation a décidé notamment le 29 juillet 1890 (36)

(34) Comte de Madre, notaire à Paris, « Des contrats de mariage ». Introduction.

(35) On peut consulter une étude récente sur les prélèvements de fonds de commerce faite par M. Henri Capitant dans la « Revue critique de législation » (Janvier-février 1927, p. 21).

(36) S. 1891. 1. 15.

que le testateur qui disposait de la quotité disponible, pouvait conférer à son légataire le droit de choisir, dans les limites de cette quotité, les biens qui lui conviennent ; ce droit ne porte aucune atteinte à la réserve, le légataire ne recueillant bien que le montant de la quotité disponible. Il ne viole pas non plus les articles 826 et 832 du Code civil sur la composition des lots, ces articles ne pouvant trouver leur application dans les rapports des légataires avec les héritiers réservataires.

Ceci rappelé, l'époux remarié ayant un enfant d'un lit précédent, pourrait donc certainement faire à son nouvel époux une donation ou un legs de la quotité disponible, avec faculté de choisir les biens devant la composer. Mais peut-il, par testament (ou pouvait-il par son contrat de mariage), conférer à son second conjoint la faculté de choisir tous les biens devant composer le montant de l'avantage indirect qu'il pourra être appelé à recueillir, que l'avantage résulte de l'adoption du régime légal ou du contrat de mariage? (Art. 1.496 ou art. 1.527.)

La Cour de Cassation s'est prononcée pour l'affirmative le 17 Avril 1907 ⁽³⁷⁾ et a admis qu'un tel legs d'option devait être tenu pour valable parce qu'il ne portait aucune atteinte à la réserve ou à l'immutabilité des conventions matrimoniales.

On avait objecté, en effet, qu'une telle faculté de choisir méconnaissait le principe de l'immutabilité

(37) Cass. requête S. 1913. 1. 203.

des conventions de mariage ; dans l'espèce jugée, les époux étaient mariés sous la communauté légale ; or, l'article 1.476 déclare applicables au partage de la communauté, tout au moins pour les formes, les règles établies, au titre des successions, pour les partages entre les héritiers. Mais cette objection n'est pas fondée : en présence d'enfant d'un premier lit, et à leur égard, a répondu la Cour de Cassation, l'avantage que procure au nouveau conjoint l'adoption d'un régime de communauté est considéré comme une libéralité sujette à réduction ; par suite, les règles à appliquer, en ce qui concerne, cet avantage, ne sont plus celles du régime matrimonial, mais celles des donations, de la quotité disponible et de la réduction. Dans notre hypothèse, le conjoint unit donc deux qualités, celle de commun en biens et celle de donataire ; et pour l'avantage indirect qu'il recueille ou conserve, il doit être traité comme un légataire ou un donataire en présence d'un réservataire. Or, on est d'accord pour reconnaître que l'on peut toujours par une disposition subséquente, préciser l'effet d'un legs ou d'une donation entre époux, en accordant le choix des biens devant les constituer. En outre, la règle de l'immutabilité des conventions matrimoniales ne fait pas obstacle à ce que les époux se fassent des libéralités, et les biens qui les constituent ne font plus partie de la masse commune et ne suivent plus les règles du partage applicables à cette masse. (Art. 826 et 832, C. civ.)

C'est pourquoi la jurisprudence a autorisé les fa-

cultés d'option sans se soucier de la nature de la libéralité qui en faisait l'objet (38).

Mais, quant à ceux des biens recueillis par le nouvel époux, *en qualité de commun en biens*, ils doivent répondre aux exigences des articles 826 et 832 sur la composition des lots.

Il faut prévoir d'ailleurs une restriction au droit d'option dans le cas où la réalisation de l'option aurait pour conséquence de diminuer la valeur du surplus des biens, et par suite de porter atteinte à la réserve. C'est ce qui arriverait par exemple si le choix portait sur un seul des éléments d'un fonds de commerce ou sur une partie d'immeubles dont le fractionnement entraîne une dépréciation de la valeur de l'ensemble. Cette restriction est sage, mais elle sera la source de bien des procès.

Ainsi donc, par application de la jurisprudence que nous venons d'indiquer, la clause d'attribution d'un fonds de commerce de communauté, dite clause de prélèvement, peut recevoir son exécution, même en présence d'enfant de lit précédent, si toutefois la quotité disponible n'est pas dépassée. (Cass., 16 décembre 1925. S. 1926, 1, 169.)

(38) Voici une formule de disposition que pourrait insérer dans son testament l'époux voulant conférer à son nouveau conjoint la faculté du choix des biens : « J'entends que pour l'attribution de ses droits, tant en sa qualité de donataire indirecte aux termes de l'art. 1.496 (ou 1.527) du Code civil, qu'en sa qualité de légataire de la quotité disponible, pour le surplus, s'il existe, mon conjoint ait le choix de tous les biens qui doivent composer son lot. »

Mais deux hypothèses méritent l'attention (39). Supposons d'abord que le défunt ait fait à son nouveau conjoint une donation ou un legs de la quotité disponible établie par l'article 1.098. Ce conjoint pourra-t-il néanmoins se prévaloir de la clause de prélèvement insérée dans son contrat de mariage, pour se faire attribuer le fonds de commerce, ou bien, au contraire, les enfants du premier lit seront-ils en droit de s'y opposer, en vertu de l'article 1.527?

Si la clause de prélèvement impose à l'époux survivant qui en est bénéficiaire une indemnité correspondant exactement à la valeur estimative de tous les éléments du fonds, on serait tenté de décider que, malgré l'attribution déjà faite au second conjoint de la quotité disponible, ce dernier pourra néanmoins exercer le prélèvement de fonds de commerce, sans que les enfants puissent s'y opposer ; en effet, le prélèvement ne constitue pas alors un avantage pécuniaire pour le survivant, puisque nous supposons qu'il en paie la valeur intégrale ; et les conventions matrimoniales ne peuvent subir de réduction qu'autant qu'elles ont procuré un avantage au nouvel époux.

Mais, comme l'a si bien exprimé M. Capitant, il faut se rappeler que les héritiers réservataires ont droit à leur réserve en nature et non seulement en équivalent, c'est-à-dire en argent. Et la qualité de

(39) Voir à leur sujet l'étude précitée de M. Henri Capitant, qui les envisage tout particulièrement. *Revue Critique*, année 1927, n° 1 et 2, page 51.

réservataires des enfants va leur permettre de demander, non pas la réduction, mais l'annulation même de la clause, comme portant atteinte à leur réserve, en ce qu'elle substitue au fonds de commerce une somme d'argent ou une créance contre le survivant. Il n'est pas possible, en effet, de substituer aux biens composant la réserve d'une succession, un droit de créance contre un tiers ; la réserve n'est pas seulement le droit à la valeur des biens héréditaires, c'est une part des biens de la succession eux-mêmes (40).

Voici la deuxième hypothèse : l'époux survivant n'est pas donataire ou légataire de la quotité disponible, mais la valeur du fonds de commerce excède cette quotité. Les enfants pourront certainement invoquer leurs droits à la totalité de la réserve en nature, mais comment sera résolu le conflit entre eux et le conjoint survivant ? Voici, ci-après rapporté, l'avis de M. Capitant (41). « Le fonds de commerce forme un tout indivisible, l'époux survivant ne peut pas n'en prélever que certains éléments. Il n'est donc pas possible de restreindre l'effet de la clause à la limite de la quotité disponible. Dès lors, il n'y a que deux solutions : ou annuler la clause, sous prétexte qu'elle porte atteinte au droit des enfants de recueillir toute leur part de réserve en nature et non pas sous forme d'une simple créance ; ou décider que la clause re-

(40) Voir note de M. Tissier S. 86., 4. 33. Cour de Cassation de Belgique du 7 juin 1906. Pas. Belge 06. 1. 293. Consultez en sens contraire l'article de M. Geny (Semaine juridique du 14 juin 1928).

(41) Op. cit., p. 53.

cevra exécution pour le tout, et que les réservataires devront ici se contenter d'un droit de créance contre le second conjoint, jusqu'à concurrence de ce dont celui-ci reste débiteur, une fois qu'il a, par son prélèvement, absorbé le disponible ». Et M. Capitant indique qu'il est d'avis de résoudre le conflit à l'avantage du conjoint survivant ; le dommage qui pourra en résulter pour les héritiers serait léger et théorique : car si l'on n'admettait pas cette solution, il faudrait probablement liciter le fonds de commerce.

Nous ne connaissons pas d'arrêt sur cette question.

D). — *L'application de la loi du 13 juillet 1907 peut-elle donner lieu à l'ouverture de l'action en retranchement ?*

Envisageons le cas d'une femme commune en biens exerçant une profession séparée et renonçant à la communauté. Aux termes de l'article 5 de la loi du 13 juillet 1907, elle va garder pour elle seule la totalité de ses biens dits réservés. Si l'on suppose que le conjoint de cette femme a des enfants d'une précédente union, ces derniers pourraient-ils soutenir que cette attribution totale à la femme est contraire au partage par moitié des produits de l'activité des deux époux, prévu par l'article 1.527 du Code civil ⁽⁴²⁾, et demander le retranchement de ce qui excède la moitié des-

(42) Voir *supra*, p. 89 et s.

aits biens ? On pourrait objecter à une telle manière de voir que l'article 1.527 et la jurisprudence le concernant, condamnent un partage inégal prévu par une convention de mariage; tandis que, dans la présente hypothèse, c'est la loi elle-même qui prévoit l'attribution totale à la femme des produits de son activité.

Nous ne connaissons pas de jurisprudence se rattachant à cette question que nous indiquons seulement. Et la loi du 13 juillet 1907, qu'on voit si rarement appliquée, a donné lieu à de trop nombreuses critiques, pour qu'on prenne intérêt à en ajouter d'autres.

Il résulte de toute cette section qu'il importe, lors de la liquidation de la succession d'une personne mariée plusieurs fois et laissant un ou plusieurs enfants du ou des premiers mariages, d'examiner avec la plus grande attention l'ensemble des dispositions des contrats de mariage qu'elle a pu faire, afin de rechercher les clauses susceptibles de créer ou d'avoir créé un avantage au profit du ou des nouveaux conjoints. D'ailleurs, en cas de doute sur l'existence et le montant d'un avantage, les juges du fait ont seuls pouvoir de décision, à l'exclusion de la Cour de Cassation. Cette cour l'a rappelé récemment. (Cass. Req., 6 juillet 1926; S. 1927, 1, 14).

Quoi qu'il en soit, une liquidation faite trop hâtivement et dans laquelle on aurait omis de faire apparaître l'avantage réductible et d'opérer son retranschement, risquerait de valoir renonciation tacite de

la part de celui qui pourrait profiter du retranchement (43).

§ III. — DES MOYENS DE PREUVE DE L'AVANTAGE.

DES LIBÉRALITÉS ANTÉRIEURES AU MARIAGE
ET NON CONTENUES DANS LE CONTRAT DE MARIAGE.

1) *Moyens de preuve.* — Il appartient aux enfants de faire la preuve de l'avantage retiré par le second conjoint de leur auteur, et d'établir que cet avantage porte atteinte à la réserve.

Lorsqu'il s'agit d'établir la liquidation des reprises et récompenses mobilières des époux mariés sous un régime de communauté conventionnelle, on sait qu'on se réfère pour les questions de preuves, aux articles 1502 et 1504 du code civil.

Mais ces articles, selon nous, ne peuvent s'appliquer quand il s'agit de déterminer la confusion du mobilier et des dettes, par application des articles 1.496 et 1.527, car c'est une tout autre question que celle des reprises des époux. On peut se demander, alors, quels moyens de preuve admettre.

Nous estimons que la preuve de l'avantage peut se faire, aussi bien pour le mari que pour la femme, tant par titres et par papiers domestiques que par témoins, et au besoin même par la commune renommée. Ce dernier mode de preuve est exceptionnel,

(43) V. Bordeaux, 14 juin 1838. Rouen, 20 février 1897. S. 99. 2. 241.

mais nous pensons qu'il doit être admis en fondant notre opinion : 1° sur des termes de l'art. 1.442 du Code civil qui paraît admettre la preuve par commune renommée dans tous les cas où il y a lieu d'établir la consistance de biens et effets de la communauté; 2° et sur la jurisprudence de la Cour de Cassation qui reconnaît aux tribunaux le droit de recourir à la preuve par commune renommée, non seulement dans les cas prévus par les articles 1415, 1442, et 1504 du code civil, mais encore dans tous les cas analogues (V. cass. 17 janvier 1838. S. 38. 1. 162; Cass. req., 19 décembre 1842. S. 42. 1. 166 et la note de M. Hardoin; Rodière et Pont, contrat de mariage, t. III, n° 1628).

La protection du législateur est si expressément formulée en faveur des enfants du premier lit, qu'on doit pouvoir en déduire que tous les moyens de preuve sont admis pour établir la confusion du mobilier et des dettes (44).

En ce qui concerne l'objet de la preuve à fournir, rappelons que, d'une manière générale, pour qu'il y ait lieu à réduction, il faut que l'existence d'un avantage soit démontrée. Et ce fait est un fait concret qui suppose plusieurs éléments: ainsi, il n'y aurait pas à tenir compte, pour la formation de la masse sur laquelle se calcule la quotité disponible, des avantages indirects qui ont pu être faits, bien que l'existence de ces avantages résulte de présomptions graves

(44) Sur la commune renommée on peut consulter l'importante thèse de M. Picard. Paris 1911.

et concordantes, dès lors que leur quantum, leur date, leur forme et leur bénéficiaire ne peuvent être déterminés d'une façon précise (Cass. req., 2 mai 1899, D. 1900. 1. 21.).

II) *Des libéralités antérieures au mariage et non contenues dans le contrat de mariage.* — La restriction de disposer établie par l'art. 1098 s'étend à toutes sortes de libéralités et avantages qui ont été conférés au nouveau conjoint par l'époux ayant des enfants issus d'une première union. Elle s'applique aux donations faites dans le contrat de mariage des nouveaux époux.

Mais que faut-il décider en ce qui concerne les libéralités antérieures au mariage et non contenues dans le contrat de mariage? Pour elles, nous proposons la distinction suivante: Si le mariage était projeté lors de leur réalisation, de telles libéralités pourront être réduites comme si elles avaient eu lieu pendant le cours du mariage; si, au contraire, aucun projet de mariage n'existait, l'art. 1098 ne peut être applicable.

Et la bonne foi étant toujours présumée (art. 2268, C. civ.), la réduction, dans les termes de l'art. 1098, des donations non comprises dans le contrat de mariage et antérieures au mariage, ne pourra être admise que si la mauvaise foi est prouvée; c'est-à-dire seulement si les demandeurs en réduction prouvent, au préalable, que la libéralité de leur auteur a été faite en vue de son second mariage. Une telle preuve, soumise au seul contrôle des juges du fait,

peut être difficile à établir. L'un des principaux éléments pour les tribunaux doit être l'intervalle plus ou moins long qui sépare la libéralité de la célébration du second mariage (V. cependant un arrêt de la cour de Besançon du 25 novembre 1903, D. 1907. 2. 223, critiqué d'ailleurs fortement par MM. Colin et Capitant, T. III, p. 754).

DEUXIÈME PARTIE

**Des modes de calcul et de liquidation
en cas d'application
des articles 1.098 et 1.527 du Code civil**

Préliminaires

Dans l'étude théorique de la Protection des enfants nés d'un premier mariage, étude qui constitue la première partie de cet ouvrage, on a souvent laissé prévoir, au fur et à mesure de l'exposé des principes, les difficultés pratiques que l'on rencontre dans leur application.

Le calcul de l'avantage d'un nouveau conjoint et la liquidation des droits des intéressés, en supposant même qu'aucune fraude ou dissimulation ne soient survenues pendant le cours du mariage, et que la comptabilité des époux soit complète, constituent le plus souvent un travail ardu, pour lequel les règles admises par la jurisprudence, ou posées par les auteurs qui osent s'aventurer dans les chiffres, sont, nous allons le voir, souvent dissemblables.

La raison principale de ces divergences est que, jusqu'à ce jour, les difficultés rencontrées provenant surtout de faits économiques ou sociaux récents (tels la baisse des valeurs françaises à revenu fixe, et le nombre croissant des divorces), les décisions judiciaires à portée générale sont rares et contradictoires (1). D'ailleurs, des transactions interviennent fré-

(1) Arrêt de cassation précité du 27 mars 1923 et arrêt de la cour de Nancy du 25 février 1891 (S. 1892, 2, 65; D. 93, 2, 169).

quemment entre l'époux avantagé et les enfants du premier lit, les uns et les autres redoutant l'incertitude d'une jurisprudence non encore établie (2). Parfois même, lorsqu'il s'agit d'une libéralité résultant du régime adopté, l'avantage n'est pas recherché et reste ignoré.

Mais aussitôt que l'on désire appliquer véritablement la loi et résoudre des cas concrets, on se trouve en présence, au cours du travail de liquidation, d'alternatives embarrassantes.

Nous allons exposer les difficultés et essayer de les résoudre, en envisageant successivement au cours de cette deuxième partie les différentes phases d'une liquidation. On sera appelé à examiner :

- 1° La détermination de l'avantage;
- 2° Le calcul du disponible et l'imputation de l'avantage sur le disponible.
- 3° Les règles sur le non cumul et le concours des quotités disponibles.

Nous donnerons à l'appui de nos observations de nombreux exemples, car, pour un tel sujet, les chiffres constituent souvent le mode d'expression de la pensée le plus clair et le plus précis.

(2) De 1880 à 1929 nous n'avons trouvé dans les recueils Dalloz et Sirey qu'une vingtaine d'arrêts concernant l'action en retranchement ! Ces arrêts sont tous cités au cours de cette étude.

§ 1. — DE LA DÉTERMINATION DE L'IMPORTANCE
DE L'AVANTAGE FAIT AU SECOND CONJOINT

Section I. — Evaluation des valeurs confondues quand la communauté présente un actif net supérieur aux dites valeurs.

Règles générales. — Pour fixer l'avantage provenant de la confusion du mobilier et des dettes résultant de l'adoption du régime légal, il faut d'abord rechercher le montant net des biens qui sont tombés en communauté du chef de chaque époux ⁽³⁾. S'il y a lieu, il faut ensuite fixer les sommes déboursées par la communauté pour payer les dettes personnelles que les époux pouvaient avoir au moment du mariage ⁽⁴⁾.

En retranchant du nombre obtenu dans la première recherche celui trouvé, le cas échéant, dans la deuxième ⁽⁵⁾ on obtient un nombre qui représente la valeur nette du patrimoine confondu du chef de l'un des époux.

On fait ensuite la différence existant entre les valeurs nettes, ainsi trouvées, des deux patrimoines

(3) En ne tenant compte évidemment que des biens tombés définitivement en communauté, c'est-à-dire pour lesquels il n'y a pas lieu à reprise ou à récompense.

(4) Voir supra première partie, chapitre deuxième; paragraphe II, section II.

(5) Nous supposons ici, d'abord, qu'une telle soustraction est possible, c'est-à-dire que les biens confondus, du chef de chaque époux, sont supérieurs à ses dettes confondues.

confondus. La moitié de cette différence constituera le montant de l'avantage recherché (6).

Cet avantage, s'il existe en faveur du nouveau conjoint, sera susceptible de retranchement par les enfants du premier lit de l'autre époux.

Voici un exemple :

M. X... a des enfants d'un précédent mariage ; il s'est remarié sans contrat avec Mlle Y... Au moment de son second mariage, M. X... avait pour fortune mobilière 100.000 fr. d'espèces, sans aucune dette; Mlle Y... avait pour fortune mobilière également 100.000 fr. d'espèces et des dettes s'élevant à 50.000 fr. La dissolution de la communauté survient peu après le mariage; les dettes de la femme ont été payées par la communauté qui présente, lors de sa dissolution, un actif net supérieur ou égal aux valeurs confondues (7). Existe-t-il au profit de Mlle Y... un avantage indirect résultant du régime matrimonial adopté?

En appliquant les règles qui viennent d'être énoncées, on trouve successivement: que la valeur nette du patrimoine confondu du chef du mari est de 100.000 fr.; que la valeur nette du patrimoine confondu du chef de la femme est de 50.000 fr. (montant

(6) Par suite du partage de la communauté par moitié.

(7) Dans cet exemple, nous prenons soin d'imaginer des apports d'espèces dans le but d'écarter, pour l'instant, les difficultés concernant l'époque à laquelle il faut se placer pour évaluer les biens confondus. Et nous supposons en outre, que l'actif de la communauté est au moins égal au montant des valeurs confondues, pour écarter le cas si délicat, envisagé dans la section suivante, d'une communauté présentant un actif net inférieur aux valeurs confondues.

de ses biens tombés dans la communauté, moins le montant de ses dettes: $100.000 - 50.000 = 50.000$); que la différence entre ces deux valeurs nettes (au profit du patrimoine confondu du mari) est de 50.000 francs; et que par suite l'avantage au profit de la femme est de la moitié de cette différence, soit de 25.000 fr.

Remarques. — a) Si pour l'un et l'autre des époux il n'y avait de confusion que pour les dettes (c'est-à-dire si les futurs époux avaient des dettes, mais aucun bien susceptible de tomber en communauté, ou des dettes supérieures au montant des biens susceptibles de tomber en communauté), ce serait alors la différence des deux passifs confondus que l'on devrait établir; et c'est la moitié de cette différence qui constituerait l'avantage recherché, en supposant que les dettes aient été payées au cours du mariage avec des deniers de communauté.

Ainsi, dans l'exemple précédent, si le patrimoine de M. X.. au moment de son remariage ne présentait, en fait d'éléments susceptibles de confusion, que des dettes s'élevant à 100.000, et celui de Mlle Y... que des dettes s'élevant à 200.000, l'avantage au profit de Mlle Y... serait de la moitié de $(200.000 - 100.000)$, c'est-à-dire de 50.000.

b) S'il n'y a que le patrimoine d'un seul des futurs époux qui présente uniquement des dettes comme éléments susceptibles de confusion, le patrimoine de l'autre futur conjoint présentant au contraire un actif net tombant en communauté, il y a lieu alors,

pour faire apparaître l'avantage, d'ajouter le montant des dettes confondues du chef de l'un des époux au montant de l'actif net confondu du chef de l'autre; et c'est la moitié de la somme ainsi obtenue qui constituera l'avantage.

Ainsi, toujours dans la situation de l'exemple ci-dessus, si M. X. possédait au moment de son remariage, un actif net mobilier de 100.000, et si Mlle Y... avait pour 50.000 de dettes, sans aucun actif mobilier, l'avantage pour l'épouse serait alors de la moitié de $(100.000 + 50.000)$, c'est-à-dire de 75.000.

Souvent on remarque que la comparaison de ce qui se produit sous le régime légal, avec ce qui se serait produit sous le régime de la communauté réduite aux acquêts, fournit une méthode sûre et facile pour déterminer l'avantage résultant de la confusion du mobilier et des dettes. Il est vrai, en effet, que, dans les exemples simples ci-dessus donnés, la différence des droits qu'a la femme dans la liquidation pure et simple de la communauté légale, et de ceux qu'elle aurait eus si le régime adopté avait été celui de la communauté réduite aux acquêts, est précisément égal à l'avantage indirect résultant de la confusion du mobilier et des dettes.

Mais nous ne voyons l'utilité d'une telle comparaison qu'à titre de curiosité; l'avantage résultant de l'adoption d'un régime doit être calculé sans avoir à faire intervenir l'hypothèse d'un autre régime adopté, ce qui a pour effet, d'ailleurs, d'augmenter la longueur du calcul. La comparaison des deux

régimes ne peut tenir lieu de fondement à une méthode juridique et générale. Ceci est si vrai que le recours à cette comparaison, selon nous (8), conduit dans l'erreur lorsqu'il s'agit du calcul de l'avantage dans l'hypothèse où la communauté présente un actif net inférieur aux valeurs confondues. (Cette hypothèse est traitée dans la section suivante de ce paragraphe, p. 130 et s.)

La pratique de la comparaison du régime légal et du régime de la communauté réduite aux acquêts, pour faire apparaître l'avantage matrimonial réductible, méritait d'être signalée, car on la trouve dans la plupart des revues notariales. Cette manière de faire constitue, nous le verrons, un danger.

Evaluation des valeurs confondues. — Date de l'estimation de l'avantage. — Quand l'avantage résulte d'une convention de partage inégal ou de préciput, il a presque toujours le caractère d'un gain de survie; pour l'évaluation il faut donc se placer au jour où il se réalise, c'est-à-dire à la date du décès de l'époux remarié. Nous ne voyons aucune difficulté pour un tel avantage.

Mais quand l'avantage provient de l'inégalité des biens tombés en communauté du chef de chaque époux, on a considéré longtemps que la confusion s'opérant au jour du mariage pour les biens mobiliers apportés ou possédés par les époux, et au jour de l'acte de donation ou de l'ouverture de la succession

(8) Nous ne connaissons aucun arrêt sur la question.

pour ceux recueillis au cours du mariage, les valeurs confondues devaient être estimées, savoir: au jour du mariage pour celles possédées au moment de sa célébration, et au jour où elles sont advenues aux époux pour celles recueillies par succession, donation ou legs.

Mais un arrêt de la cour de Rouen du 29 décembre 1911, confirmé par un arrêt de la Chambre civile de la Cour de Cassation du 12 janvier 1915 (9) a décidé que l'importance d'un avantage sujet à retranchement devait être calculé conformément à l'art. 922 du Code civil, car l'action en retranchement, nous l'avons déjà constaté, est une véritable action en réduction soumise aux dispositions des articles 920 et s. du Code civil.

L'importance de l'avantage doit donc être calculée suivant l'état des biens à l'époque de leur entrée en communauté, et leur valeur au temps du décès du conjoint remarié (10), en tenant compte des augmentations ou dépréciations fortuites, mais abstraction faite de la moins-value provenant du fait du donataire. Dans l'espèce jugée par la Cour de Rouen, le mari était bénéficiaire de l'avantage, et la Cour a décidé qu'il ne fallait pas tenir compte de la moins-value résultant de la mauvaise administration du mari comme chef de la communauté, ou de sa pro-

(9) S. 1917 - 1.134; D. 1919 - 1.85. Le pourvoi en cassation avait été admis par la Chambre des Requêtes le 30 avril 1913.

(10) Et non pas forcément au jour de la dissolution de la communauté comme il est dit dans le traité pratique des liquidations et partages par Defrenois (Edition 1923, t. II, n° 4.024).

digalité. (La moins-value consistait en la disparition presque totale des apports de la femme à la communauté.)

La décision de la Cour de Cassation, dans le principe général qu'elle pose et l'assimilation qu'elle fait des avantages matrimoniaux réductibles aux donations, pour l'estimation des biens les composant, nous semble très rationnelle. Sans doute, la solution de la loi pour les donations est-elle parfois rigoureuse, et est-elle très discutée (cas où le donataire a vendu les biens donnés à un cours très inférieur à celui du jour du décès du donateur). Mais nous n'avons pas à entrer ici dans ces considérations, et nous nous bornons à constater l'assimilation faite par la jurisprudence, en présentant les observations suivantes :

Supposons un individu ayant des enfants d'un premier mariage et une obligation à lots. Il se remarie sans contrat avec une femme sans fortune mobilière, et l'obligation, qui valait 300 fr. au moment du remariage, sort à un tirage avec un lot de 100.000 fr. Comment calculer l'avantage au décès du mari? On ne peut évaluer le titre à cette date, puisque le titre n'existe plus, et nous pensons qu'on ne peut négliger la prime de 100.000 fr. sous prétexte que l'obligation était devenue la propriété de la communauté légale; car si le mariage n'avait pas eu lieu, les enfants du premier lit auraient trouvé à la place du titre, 100.000 francs dans la succession de leur auteur, au lieu de 50.000 par suite du partage de la communauté. C'est donc bien la confusion résultant du régime légal qui a

procuré un avantage au conjoint, et l'article 1.496 prévoit un retranchement.

Nous estimons donc que c'est à la fois se conformer aux articles 922 et 1.496 du Code civil et à l'arrêt du 12 janvier 1915 que de faire entrer l'obligation amortie pour la somme de 100.000 fr. dans les valeurs confondues (11).

La Cour de Besançon semble avoir eu cette manière de voir dans un arrêt du 21 mars 1894 (S. 15. 2. 25, Rapporté en sous-note). Il s'agissait du remariage d'un veuf possédant 56 actions industrielles d'une valeur de 14.000 francs, lesquelles, après un dédoublement opéré au cours du mariage, furent vendues pour une somme de 38.000 fr. L'arrêt de Besançon a décidé, en confirmant le jugement d'Arbois, qu'il fallait prendre, pour base d'évaluation des valeurs confondues, non pas la valeur des actions au jour du mariage, mais le prix de vente tombé en communauté. (Voyez également: Seine, 12 avril 1866, Charleville, 26 décembre 1889. Defrénois, Rep. Général n° 7.994; F. et G. Roulois. « L'action en retranchement envisagée au point de vue de la pratique notariale », p. 16 et 17; L. Maguet, tome I, n° 926).

(11) Ceci revient à admettre qu'il y a « subrogation réelle » entre l'obligation amortie et le montant du lot recueilli à sa place.

Rien ne paraît obliger ici à écarter la règle: « *In iudicii universalibus, pretium succedit loco rei, et res loco pretii* »; nous croyons au contraire que c'est le cas d'en faire l'application.

Faisons remarquer que la difficulté d'évaluation rencontrée ici ne se présenterait pas s'il s'agissait, non pas du calcul du disponible, mais d'une estimation de biens à rapporter à une succession. L'art. 868, par sa rédaction, ne laisse place à aucun doute.

En résumé, nous croyons que l'évaluation doit se faire en prenant pour base, soit la valeur à la date du décès, des biens mobiliers confondus, quand ils se retrouvent en nature, soit le montant des prix de leur vente ou de leur remboursement, lorsqu'ils ont été aliénés ou remboursés pendant le mariage.

Dans le cas où des actions confondues par le régime légal auraient été, au cours du mariage, dédoublées ou remboursées avec délivrance d'actions de jouissance, nous pensons, en appliquant toujours l'idée de subrogation réelle, que c'est la valeur de la totalité des titres existant au décès et provenant des titres possédés au moment du mariage, avec, le cas échéant, les sommes remboursées sur le montant nominal de ces titres, qui devrait être considérée pour le calcul de l'avantage résultant du régime légal adopté.

En ce qui concerne les dettes grevant le patrimoine des époux au moment de leur mariage, c'est le montant payé réellement par la communauté qui doit entrer dans les calculs servant à l'évaluation de l'avantage. Ainsi, en imaginant que le patrimoine de l'un des conjoints était grevé, au moment du mariage sans contrat, d'une dette exigible postérieurement au mariage, et dont le montant était variable, par exemple, avec l'indice économique, l'esprit de la loi nous conduit à penser qu'en pareil cas, c'est la somme déboursée par la communauté qui doit entrer dans les calculs pour l'évaluation de l'avantage. En procédant autrement, le conjoint débiteur pourrait, si le montant de la dette avait augmenté au cours du mariage,

retirer un avantage du fait de l'adoption de la communauté légale.

Biens confondus non représentés. — La Cour de Cassation n'a pas eu, à notre connaissance, à se prononcer sur le cas où des valeurs de bourse, ou des biens mobiliers quelconques, confondus dans une communauté légale, n'existent plus à la dissolution de la communauté. Il est possible, et il arrive même souvent, que l'on ne rencontre aucune trace de leur aliénation ou de leur remboursement, et que le mari ne puisse justifier qu'ils aient péri sans sa faute. On peut se demander quelle base d'évaluation adopter pour demeurer dans l'esprit de la loi.

On a soutenu qu'un mode d'évaluation différent devait être appliqué suivant que les valeurs non représentées au décès étaient tombées en communauté du chef de la femme ou du chef du mari. Le mari, dit-on dans un premier système, en sa qualité d'administrateur des biens communs doit rendre compte, dans l'hypothèse envisagée, de son administration. S'il ne peut ou ne veut le faire, et quand il s'agit de biens tombés en communauté du chef de la femme, cette dernière ou ses héritiers auraient le droit de choisir le cours le plus élevé qu'ils ont eu pendant le mariage, de façon à écarter toute fraude du mari ou à le punir de sa négligence (12). Quand au contraire, il s'agit de biens tombés en communauté du chef du mari, il faudrait les évaluer au jour de la mort de l'époux ayant

(12) En ce sens, L. Maguet, op. cit. Tome I, n° 926.

procuré l'avantage, conformément à la règle générale.

MM. Planiol, Ripert et Nast proposent une autre distinction (Traité pratique de droit civil français, tome IX, n °980). Ceux des biens disparus qui avaient été apportés par le mari devraient être estimés au jour du décès du prémourant; ceux qui avaient été apportés par la femme, *au jour de leur entrée en communauté*.

Nous ne croyons pas ces distinctions fondées; et nous pensons que pour les biens confondus du chef de la femme, comme pour ceux confondus du chef du mari, c'est au jour du décès de l'époux ayant procuré l'avantage qu'il faut se placer pour évaluer l'avantage. L'idée de fraude possible du mari n'est pas convaincante et ne suffit pas, selon nous, à introduire une distinction et un mode de calcul que la loi ne prévoit pas. Ce que les partisans du premier système indiqué semblent craindre, c'est que des valeurs apportées par la femme aient été vendues par le mari à un cours plus élevé que celui du jour du décès; mais même dans cette hypothèse, il suffirait au mari (supposé *a priori* malhonnête), de racheter un nombre égal de titres semblables et d'en faire la représentation en nature ⁽¹³⁾. On peut donc prétendre que, même si l'on ne retrouve pas les titres de la femme,

(13) A moins que l'on puisse retrouver les numéros des valeurs apportées par la femme, et que l'on pense à faire la comparaison des numéros des valeurs apportées et des valeurs de même nature représentées par le mari: hypothèse que nous trouvons bien théorique, surtout quand il n'y a pas eu de contrat de mariage.

on est mal fondé à déclarer le mari de mauvaise foi ; et nous pensons qu'à défaut d'autres preuves ou d'accord contraire entre tous les intéressés, c'est toujours la valeur au décès qui devra être prise comme base de calcul, sauf à la femme ou à ses héritiers à prouver la fraude du mari et à réclamer des dommages et intérêts.

Les règles que nous proposons sont identiques à celles relatives à la fixation du montant des reprises de la femme dont le mari a pu aliéner des valeurs mobilières, sans que l'on retrouve trace de l'aliénation. Sauf dans le cas où le contrat de mariage, à défaut d'autres preuves, édicte des règles précises.

Partage de succession mobilière et immobilière. — Nous pensons que, si une succession à la fois mobilière et immobilière est échue, pendant le mariage, à l'un des époux ayant des enfants d'un précédent lit et marié sous le régime de la communauté légale, il convient de respecter la règle posée par l'art. 883 du Code civil et de prendre, pour établir la liste des biens confondus, les attributions mobilières du partage, même si l'art. 832 du Code civil n'a pas été rigoureusement observé. Si ces attributions mobilières sont supérieures à la quote part mobilière de l'époux dans la succession, l'avantage indirect pour le nouveau conjoint en sera plus important. Mais nous estimons que les enfants du premier lit ne pourront faire annuler un partage fait sans fraude ou collusion. L'avantage réel recueilli par le nouvel époux sera seu-

lement réductible conformément aux principes généraux en cette matière.

Pour terminer cette section, nous donnons la solution de l'exemple suivant qui résume les règles principales que nous avons énoncées.

M. et Mme A... se sont mariés sans contrat.

M. A... avait quatre enfants d'un premier mariage, et sa seconde femme était veuve avec un enfant.

Lors de leur remariage, M. A... possédait 10.000 fr. de valeurs mobilières et une maison vendue pendant le mariage 60.000 fr. ;

Mme A... avait 20.000 fr. de valeurs de bourse et 10.000 fr. de dettes.

M. A... décède après avoir institué sa femme légataire universelle, qui meurt également peu après.

De la communauté dépend un mobilier valant 10.000 fr.; un immeuble valant 200.000 fr. grevé d'une hypothèque de 50.000 fr.; et diverses valeurs de bourse (autres que celles apportées en mariage), représentant 80.000 fr.

Les époux n'ont rien recueilli pendant le mariage, et ne possèdent aucun bien propre. Les valeurs mobilières possédées par les époux au moment du mariage ne se retrouvent plus, et on n'a aucune trace de leur aliénation; celles du mari représentent au jour du décès une somme de 120.000 fr.; celles de la femme une somme de 50.000 fr.

Voici en chiffres l'aperçu liquidatif qui nous semble conforme à la loi:

A) *Calcul de l'avantage résultant au profit de l'un des conjoints du régime légal.*

Valeurs nettes des patrimoines confondus: 1° du chef de M. A...: valeurs de bourse apportées en mariage, valant 10.000 francs au moment du mariage, mais représentant au décès 120.000 fr., ci. . 120.000 »

2° du chef de M^{me} A... : Valeurs de bourse apportées en mariage (valant 20.000 fr. au moment du mariage) représentant au décès 50.000 fr., dont il faut déduire les 10.000 fr. de dettes dont son patrimoine était grevé (50.000 fr. — 10.000 fr.), ce qui réduit la confusion à 40.000 fr., ci — 40.000 »

La différence des valeurs nettes des patrimoines confondus est donc de 80.000 fr., ci. 80.000 »

Mme A... se trouve avoir été avantagée de la moitié de cette différence, soit de 40.000 1/2 francs, ci 40.000 »

B) *Reprises et récompenses. Actif de communauté :*

1° Du chef de M. A...

Reprises: maison vendue pendant le mariage, 60.000 fr., ci 60.000 »

Pas de récompenses :

2° du chef de Mme A...

Pas de reprises, pas de récompenses.

Communauté. Actif:

a) Mobilier	10.000	»
b) Immeuble	200.000	»
c) Valeurs trouvées	80.000	»
TOTAL	290.000	»

Passif :

a) Reprises de M. A...	60.000	»	
b) Dette hypothécaire ...	50.000	»	
Ensemble	110.000	»	110.000
Actif net	180.000	»	
Dont la moitié pour chaque succession	1/2		
est de.....	90.000	»	

C) *Quotité disponible. Retranchement.*

La masse pour le calcul de la quotité disponible dont pouvait disposer M. A... comprend:

1° La moitié de l'actif de communauté.	90.000	»
2° Le montant des reprises de M. A...	60.000	»
3° La valeur de l'avantage fait à Mme A...,		
avantage considéré comme une donation.	40.000	»

Total de la dite masse	190.000	»

M. A... ayant laissé 4 enfants, la quotité disponible au profit de la veuve (art. 1.098) est du cinquième de la masse trouvée, soit de..... 38.000 »

L'avantage résultant des conventions matrimoniales au profit de Mme A... étant de 40.000 fr., on voit que la quotité disponible a été dépassée de 2.000 fr. Il faudra donc retrancher cette somme sur les biens que l'enfant de Mme A... est appelé à recueillir.

De ce fait, le legs universel émanant du mari au profit de la femme ne peut recevoir aucune exécution; il ne peut être question non plus de l'usufruit de l'art. 767 c. civ.

D) Droits des parties:

1° Enfants de M. A... :

Moitié de l'actif net de communauté ..	90.000	»
Montant des reprises de M. A...	60.000	»
Montant du retranchement à opérer sur la succession de Mme A...	2.000	»
TOTAL	152.000	»
	1/4	
Soit le quart pour chaque enfant, ou.	38.000	»

2° Enfant de Mme A...:

Moitié de l'actif de communauté	90.000	»
Moins le montant du retranchement à opérer au profit des enfants de M. A.....	2.000	»
Reste pour l'enfant de Mme A.....	88.000	»

E) *Récapitulation:*

La masse à partager comprenait:

Le mobilier	10.000	»
L'immeuble	200.000	»
Les valeurs mobilières	80.000	»
Au total	290.000	»
Moins le passif	50.000	»
Soit net	240.000	»

La succession de M. A... s'élève à 152.000 fr. et celle de Mme A... à 88.000 fr., soit ensemble à 240.000 fr., ce qui correspond bien à l'actif à partager.

Nous faisons remarquer que pour le calcul de l'avantage, nous avons porté les valeurs tombées en communauté (du chef du mari comme du chef de la femme), d'après leur cours au décès de M. A... (14), cours très supérieur à celui du jour du mariage. Et l'on pourrait très bien objecter que, de ce fait, l'avantage trouvé est peut-être supérieur à l'avantage réel du nouveau conjoint, dans le cas, par exemple, où les valeurs auraient été vendues peu après le mariage à un cours très bas par rapport à celui du décès. Nous

(14) Dans notre exemple, chacun des époux ayant des enfants d'un précédent mariage, on devrait, pour rechercher l'avantage éventuel au profit de la femme, évaluer les valeurs confondues au jour du décès du mari; et pour l'avantage éventuel au profit du mari, se placer au jour du décès de la femme. Si les cours ont varié entre les deux décès, on peut imaginer que théoriquement, chaque époux soit avantagé! On voit combien sont souhaitables des précisions jurisprudentielles.

répondons que cette remarque est certainement très exacte; mais nous ne croyons pas que l'on puisse prendre une autre époque d'évaluation (étant donné l'arrêt précité du 12 janvier 1915), que celle fixée par la loi pour les donations. *Dura lex, sed lex* (15).

Section II. — De l'hypothèse où la communauté présente un actif net inférieur aux biens mobiliers confondus.

Voici l'hypothèse envisagée: Supposons qu'en se remariant une femme ait apporté 300.000 fr. en espèces, et son mari 100.000 fr. également en argent, mais qu'au moment du décès de la femme, l'actif de la communauté ne s'élève qu'à 100.000 fr. Doit-on cependant considérer le mari comme ayant reçu un avantage de 100.000 fr. (moitié de l'exédent de l'apport confondu de sa femme sur le sien), bien qu'il n'en recueille, en fait, que 50.000 fr. dans la communauté ?

On peut s'étonner tout d'abord que l'on fasse une telle distinction, puisque la loi et la jurisprudence ne l'ont pas faite. Et certains auteurs estiment qu'il n'y

(15) Il faut souhaiter d'ailleurs, que la rédaction de l'art. 922 du C. Civ. soit modifiée et adaptée à la vie moderne; les rédacteurs du Code, en le rédigeant, n'ont eu certainement en vue que les meubles corporels, les seuls qui soient sujets à un dépérissement normal; c'est donc en somme une protection du donataire que cet article a voulu établir en fixant l'évaluation des biens meubles au décès du donateur: en fait le résultat est souvent opposé! Et la règle de l'art. 922 aboutit parfois, pour les valeurs de Bourse, à des résultats extravagants et présentant de gros inconvénients pour le donateur, qui peut, sans le savoir ni pouvoir le prévoir, avoir dépassé la quotité disponible.

a pas à tenir compte du déficit de la communauté, et que le calcul de l'avantage doit se faire, dans tous les cas, suivant les règles générales.

Cette manière de voir, dans le silence du Code, et en raison de l'assimilation par la jurisprudence de l'avantage matrimonial résultant du régime légal aux donations, est peut-être la seule juridique. Mais elle est injuste; dans l'exemple sus-indiqué, en effet, le mari qui ne prend dans la communauté que 50.000 fr. devrait être considéré comme ayant reçu un avantage de 100.000 fr., et serait donc obligé de rendre à la succession de sa femme une somme de 100.000 fr., alors que le déficit de la communauté peut ne pas lui être imputable et que le profit réel qu'il tire de la confusion des apports est inférieur à cette somme.

La majorité des auteurs ⁽¹⁶⁾ soutient donc que l'arrêt du 15 janvier 1915 ne peut avoir une portée générale; que l'on doit s'en tenir à l'esprit de l'article 1496; que le calcul à faire ne doit pas avoir pour objet de rechercher l'appauvrissement du patrimoine du donateur, mais de déterminer l'avantage réel que la confusion du mobilier et des dettes a pu procurer au nouveau conjoint.

Il serait donc nécessaire de tenir compte du déficit de la communauté pour le calcul de l'avantage, et de ne pas le faire supporter en totalité par le nouveau conjoint.

16) Notamment MM. Planiol, Ripert et Nast, *op. cit.* T. IX, n° 981; M. L. Maguet, T. I, n° 927.

Mais si l'on doit s'écarter du système général, quel procédé adopter?

Nous repoussons le système ⁽¹⁷⁾ qui consiste à établir la différence entre la valeur de l'apport fait par le second conjoint et la part qu'il reçoit dans la communauté : si cet apport est inférieur à la part reçue, la différence entre eux constitue l'avantage retiré par le second conjoint par suite du régime légal adopté ; si au contraire (comme dans l'exemple ci-dessus), l'apport est supérieur, il n'y aurait pas d'avantage. Ce procédé n'est pas toujours juste, selon nous, car l'apport du second conjoint peut être inférieur à la part qu'il reçoit dans la communauté, sans que pour cela il y ait obligatoirement avantage indirect.

Nous repoussons également le système similaire dont nous avons déjà parlé, suivant lequel, pour déterminer et la confusion et l'avantage, il faut liquider comme si les époux étaient mariés sous le régime de la communauté réduite aux acquêts ; la différence entre les droits normaux du nouveau conjoint dans la communauté légale et ceux qu'il aurait si le régime de communauté réduite aux acquêts avait été adopté, constituerait, si elle existe, l'avantage réductible ⁽¹⁸⁾.

(17) J. du Notariat, 1912, p. 281 et 345.

(18) En ce sens, MM. F. et G. Roulois, op. cit., p. 17. Ces éminents praticiens, pour justifier leur opinion, déclarent : « Cette méthode a l'avantage d'être simple, compréhensible pour les parties et parfaitement équitables ; car si les résultats peuvent à première vue, paraître anormaux, ceci, ne l'oublions pas, pro-

Cette opinion qui aboutit d'ailleurs, parfois, à des résultats aussi choquants que ceux obtenus en faisant les calculs ordinaires sans tenir compte du déficit de la communauté, nous paraît fausse et inacceptable pour deux raisons: 1° parce qu'il n'est pas possible de substituer un régime matrimonial à un autre; un régime devant se suffire à lui-même sans qu'il soit besoin de le comparer et permis de le substituer à un autre pour déterminer les avantages qu'il a pu créer; 2° parce que le but cherché est de résoudre la question du calcul d'un avantage prenant le caractère de libéralité, et non de faire un compte de reprises et de récompenses; ces remarques doivent faire exclure l'application de l'art. 1471 du Code Civil établissant un droit de priorité en faveur de la femme, et aussi l'idée de responsabilité du mari comme chef de la communauté. Cette responsabilité n'a rien à faire dans le calcul de l'avantage. Sans doute, si elle existe, la femme ou ses représentants peuvent intenter une action en dommages et intérêts; mais nous croyons que cette idée de faute du mari doit, pour le calcul de l'avantage, être soigneusement écartée; elle ne peut qu'ajouter de la confusion à une matière déjà si complexe.

Système de la répartition proportionnelle du déficit. — Nous allons exposer maintenant le système qui

vient de la responsabilité qui incombe au mari comme chef de la communauté ».

Dans le même sens, M. Javaux, op. cit.

aurait nos préférences, s'il est possible d'admettre que l'on puisse déroger aux règles générales lorsque l'actif de communauté est inférieur à la valeur des biens mobiliers confondus (19).

Remarquons d'abord qu'il faut supposer, comme on l'a rappelé, que le déficit de communauté est dû à des circonstances fortuites et n'est pas imputable à la faute du mari. Il est dit, en effet, dans l'arrêt du 12 janvier 1915 :

« Que si, pour apprécier cette valeur (la valeur au
« jour du décès, des biens confondus), on doit pren-
« dre en considération l'augmentation ou la dépré-
« ciation que les biens peuvent avoir reçue ou subie
« au cours du mariage, par des circonstances for-
« tuites, on doit faire abstraction de la plus ou moins-
« value provenant du fait du donataire, et, par con-
« séquent, lorsque le mari a été bénéficiaire de l'avan-
« tage, des résultats de son administration comme
« chef de communauté. »

La Cour a simplement décidé, d'une façon générale, l'application des règles énoncées par l'art. 922 au calcul de l'avantage dont il est question dans l'art. 1.496 du Code civil. Mais, elle n'a donné aucune indication sur ce qu'il fallait faire si le déficit constaté ne pouvait être mis à la charge du mari.

Nous allons prendre un cas concret de commu-

(19) Revue critique de législation et de jurisprudence, mars 1926, p. 162 et avril 1926, art. de M. L. Maguet; V. L. Maguet, Traité, T. I, n°s 927 et 928.

V. aussi Planiol, Ripert et Nast, t. IX, n° 981.

nauté déficitaire, et le résoudre, d'abord selon les règles ordinaires en matière de calcul d'avantage, ensuite, selon différents systèmes soutenus.

Voici l'exemple :

Un mari, veuf avec un enfant, se remarie en 1912, sans faire de contrat. Il possède 100.000 francs en espèces et 20 obligations de la Ville de Paris, d'une valeur de 10.000 francs. Sa seconde femme ne possède que 10 obligations du Crédit Foncier de France valant 4.000 francs.

Pendant le mariage, une des obligations de la femme est remboursée par 20.000 francs.

Le mari décède en 1928, et la communauté ne comprend que :

1) 30.000 fr. en argent	30.000 fr.
2) Les 20 obligations de la Ville de Paris provenant du mari et valant au décès 4.500 fr., ci	4.500 »
3) Les 9 obligations du Crédit Foncier pro- venant de la femme et valant au décès du mari 3.000 fr., ci	3.000 »
Soit au total, 37.500 fr.	37.500 »
dont la moitié revient à la succession et	1/2
l'autre moitié à la veuve, sauf retransche- ment, soit.....	18.750 »

A) En appliquant les règles générales, on aboutirait aux résultats suivants :

Les valeurs confondues du chef du mari s'élevant à 104.500 (100.0000 + 4.500), ci.....	104.500 fr.
Et celles confondues du chef de la femme à 23.000 fr. (20.000 + 3.000), ci.....	23.000 »
Il existe entre elles une différence de....	81.500 »
dont la moitié constitue l'avantage indirect apparent, ci	1/2 40.750 »
Comme la quotité disponible de l'art. 1098 serait du quart de l'actif de succession auquel est joint l'avantage indirect (20) c'est-à-dire du quart de (18.750 + 40.750) soit de.....	14.875 »
Il y aurait lieu à retranchement pour la somme de 25.875 fr., ci	25.875 »
Or les droits de la veuve dans la communauté sont de 18.750 fr.	18.750 »
Non seulement la veuve ne toucherait pas cette somme, mais encore elle serait tenue de la parfaire jusqu'à concurrence du montant du retranchement, c'est-à-dire de verser réellement à l'enfant de son mari, sur ses biens personnels, la somme de 7.125 fr.	7.125 »

(20) Voir infra les paragraphes suivants sur le calcul de la quotité disponible.

Ainsi, la femme serait appelée à ne rien recueillir dans la masse commune ; elle aurait perdu les 23.000 francs qui sont tombés de son chef en communauté ; mais, aux yeux de la loi, elle serait tenue pour avantagée et débitrice envers l'enfant du premier lit de 7.125 francs !

Solution qui choque le bon sens, tout en semblant l'application stricte de la loi et de la jurisprudence, et qui ne semble adoptée par personne.

B) En appliquant le système de la comparaison du régime légal et du régime de la communauté de biens réduite aux acquêts, on trouverait une solution contraire : ce serait le mari qui serait avantagé d'une somme de 4.250 francs ! (21). En effet, les nombreux partisans de ce système absolument anti-juridique font le raisonnement suivant :

Si les époux étaient mariés sous le régime de la communauté réduite aux acquêts, la femme aurait exercé la reprise en nature des neuf obligations du Crédit foncier valant 3.000 fr.

Et la reprise en deniers de 20.000 francs,

montant du remboursement de l'obligation sortie au tirage, ci.....	20.000 »
--	----------

Ses reprises se seraient élevées au total à

une somme de 23.000 fr.....	23.000 »
-----------------------------	----------

.....

(21) On voit par cet exemple différemment traité que l'on est loin d'être d'accord, et que parfois des solutions diamétralement opposées sont soutenues.

.....	23.000 »
Or, la moitié qu'elle reçoit dans le partage de la communauté, n'étant que de 18.750	
fr., ci	18.750 »
elle recevrait en moins	<u>4.250 »</u>

Ce qui représenterait, aux yeux de ces auteurs, le montant de l'avantage conféré *au mari* par suite de la confusion du mobilier ; car, sans cette confusion, la femme aurait repris des biens représentant 23.000 fr.

Nous avons déjà dit ce qu'il fallait penser d'un tel système que nous donnons à titre de curiosité documentaire.

C) En présence des résultats trouvés dans les deux manières de voir ci-dessus données, on comprend que l'on ait cherché une autre solution.

Certains auteurs ⁽²²⁾ soutiennent que toutes les fois que la communauté révèle un actif net inférieur au montant des valeurs mobilières confondues, il faut établir une règle proportionnelle entre l'actif net de communauté et les valeurs confondues, sans distinguer entre le cas où l'avantage est procuré par le mari et celui où l'avantage provient de la femme (sauf bien entendu la question de fraude ou de faute lourde du mari dans sa gestion.)

Dans l'exemple donné ci-dessus, on trouverait, en appliquant cette méthode, que la femme est avantagée pour une somme de 11.985 fr. 60.

(22) Notamment M. L. Maguet, *op. cit.*

En effet, on soutient dans le système de M. Maguet, que les 37.500 fr. existant au décès comme actif de communauté sont la représentation des 127.500 francs tombés en communauté du chef des deux époux; et on procède à une répartition proportionnelle, pour déterminer la part contributive de chaque conjoint dans la constitution de ces 37.500 francs.

1° *Calcul de la part contributive de chaque époux:*

La part contributive du mari est de :

$$\frac{37.500 \times 104.500}{127.500} = 30.735 \text{ } 60$$

Celle de la femme est de :

$$\frac{37.500 \times 23.000}{127.500} = \underline{6.764 \text{ } 40}$$

Egalité	37.500	»
	<u><u> </u></u>	

2° *Calcul de l'avantage :*

Ainsi, les 37.500 francs proviennent d'une confusion de sommes et valeurs dont la fortune du mari a contribué pour 30.735 fr. 60, ci 30.735 60

Et dont la fortune de la femme a contribué
pour 6.764 fr. 40, ci 6.764 40

On constate donc une différence de contribution de 23.971 fr. 20, ci 23.971 20
Dont la moitié constitue l'avantage que re- 1/2
tire la veuve, c'est-à-dire 11.985 60

3° *Liquidation de la communauté :*

La communauté comprend un actif net de: 37.500 fr.
Dont moitié pour chaque époux est de 1/2
18.750 francs..... 18.750 »

Il n'y a ni reprise ni récompense puisque, par suite du régime légal adopté, les biens mobiliers des deux époux sont devenus définitivement la propriété de la communauté.

4° *Calcul du retranchement et liquidation de la succession :*

La quotité disponible se calcule sur une masse comprenant l'actif réel de succession (18.750), auquel on ajoute fictivement les biens donnés (ici l'avantage trouvé ci-dessus s'élevant à 11.985 fr. 60).

La masse de calcul s'élève donc à (18.750 + 11.985,60),
c'est-à-dire à 30.735 fr. 60, ci 30.735 60
Dont le quart constitue la quotité disponible fixée par l'article 1.098 du C. civ.,
soit 7.683 fr. 90, ci..... 7.683 90

Or, nous avons trouvé que la veuve avait droit à la moitié de l'actif de communauté s'élevant à 18.750 fr., ci —..... 18.750 »

Et la confusion résultant du régime légal lui ayant procuré un avantage de 11.985,60

Alors que la quotité disponible

n'est que de 7.683,90

à reporter.... 4.301,70 18.750 »

<i>Report....</i>	4.301,70	18.750 »
Les droits de la veuve doivent avoir subi un retranchement de	<u>4.301,70</u>	<u>4.301 70</u>
Ce qui a pour effet de réduire ses droits à.		<u>14.448 30</u>

L'enfant prendra tout le surplus de l'actif de communauté ou 23.051 fr. 70.⁽²³⁾.

Ce qui peut étonner dans le résultat du système que nous venons d'exposer, c'est que la femme reçoive une somme moindre de celle qui est entrée de son chef dans la communauté, tout en étant considérée comme gratifiée par son mari.

Mais il est certain qu'elle ne peut songer à exercer des reprises, soit en nature, soit en deniers, attendu qu'elle a adopté le régime de la communauté légale. On observe, en outre, que si la communauté ne présentait aucun actif, la femme ne pourrait rien réclamer et n'aurait *aucun droit*, et que, s'il existe quelque chose à partager, c'est sans doute, *notamment*, en raison de l'importance de l'apport confondu du mari.

La répartition proportionnelle semble rationnelle. D'autre part, il est difficile de soutenir que des pertes éprouvées ou des dépenses effectuées pendant le mariage sans la fraude du mari, doivent entrer en ligne de compte pour la fixation de l'avantage.

(23) Nous faisons remarquer que la veuve n'a droit à aucun usufruit en vertu de l'art. 767 du C. Civ. Elle est en effet nantie de la totalité de la quotité disponible, et à l'égard d'enfants nés d'un précédent mariage, les avantages matrimoniaux, devenant des libéralités, s'imputent sur l'usufruit de l'art. 767.

Il n'y a vraiment libéralité au profit de l'époux le moins fortuné, que dans la limite de ce qu'il reçoit sur l'actif de communauté existant au décès de l'époux le plus riche.

Cette remarque nous semble très juste, que l'avantage résultant des conventions matrimoniales, quand il prend le caractère de libéralité, est une libéralité « sui generis » qui ne se produit, en fait, que lors du décès de l'époux ayant procuré l'avantage, et seulement d'après la situation réelle constatée à ce moment.

Comme l'a exprimé M. L. Maguet (24), vouloir fixer l'avantage sur le chiffre des valeurs confondues sans tenir compte de l'actif réel, très inférieur, qui peut se trouver au décès de l'époux donateur, « c'est prétendre fixer la quotité disponible d'après la fortune d'un testateur à la date de son testament, et non à l'époque de sa mort ».

C'est en raison de ce fait que l'on pourrait peut-être écarter l'assimilation complète de l'avantage aux libéralités et l'application constante des règles des articles 920 et suivants du Code civil. On ne donnerait ainsi à l'arrêt du 12 janvier 1915 qu'une portée restreinte.

Quoi qu'il en soit, s'il est vrai que le système de répartition proportionnelle de M. L. Maguet n'est écrit nulle part dans la loi, il repose en tout cas sur l'équité et l'esprit de l'article 1.496 du Code civil. Ce n'est qu'avec l'arrêt précité du 12 Janvier 1915, — et si on

(24) Revue critique, mars 1926, p. 168.

lui reconnaît une portée générale — qu'il est peut-être en désaccord, et, jusqu'à ce jour, nous n'avons jamais rencontré de système différent qui n'enfreigne pas certains principes, on n'aboutisse pas à des résultats injustes.

Nous espérons qu'un arrêt de la Cour de Cassation mettra prochainement de la précision sur cette question.

§ II. — DES DIFFICULTÉS DE LIQUIDATION RENCONTRÉES.

Section 1. — Des biens sur lesquels se calcule le disponible spécial de l'art. 1.098. — De l'imputation de l'avantage sur la quotité disponible.

A) Nous allons examiner d'abord quelques difficultés sur la composition de la masse sur laquelle on détermine le disponible au profit du nouvel époux.

Nous n'avons rien à ajouter à ce que nous avons déjà dit quand le conjoint remarié n'a fait aucune libéralité autre que celle profitant à son nouvel époux. Dans ce cas, on l'a vu, l'époux donataire est considéré pour les calculs, comme un enfant de plus, et prend une part virile héréditaire sur la masse de tous les biens composant la succession du donateur (avec le quart de ladite masse comme maximum).

Mais supposons que l'époux remarié ait fait des libéralités à d'autres qu'à son nouveau conjoint. Nous allons distinguer suivant que la libéralité a été faite ou non par préciput.

1° *Des libéralités ont été faites à un étranger, ou aux enfants par préciput et hors part.* — Si la libéralité faite au nouvel époux est postérieure à celles faites à un étranger ou par préciput, il faut déduire de la masse ces dernières libéralités avant de calculer la part du nouveau conjoint. Mais en est-il de même si la libéralité faite au nouvel époux est antérieure aux autres ? Nous le croyons. Voici un exemple : Titus, veuf avec cinq enfants d'un premier lit, se remarie; et par contrat de mariage, il a donné à sa seconde femme un bien présent d'une valeur de 10.000 francs. Il meurt après avoir légué à un enfant ou à un étranger une somme de 5.000 francs. Sa succession s'élève à 50.000 francs; la valeur au décès du bien donné est encore de 10.000 francs.

Si Titus n'avait pas fait de testament, sa femme pourrait certainement conserver le don de 10.000 francs à elle fait par contrat de mariage. En effet, Titus ayant laissé cinq enfants et une fortune de 60.000 francs (en comprenant la valeur du bien donné) la part d'enfant à laquelle a droit la seconde femme est du sixième de cette somme, soit donc précisément de 10.000 francs.

Mais dans l'hypothèse envisagée, le légataire va réclamer la délivrance de son legs de 5.000 francs. La quotité disponible de l'article 913 (la plus élevée), étant ici du quart, c'est-à-dire de 15.000 francs, et le défunt n'ayant déjà disposé que de 10.000 francs, le légataire peut soutenir qu'il reste 5.000 francs de disponible, montant de son legs, qui doit lui être délivré.

Mais quelle va être la conséquence d'une telle délivrance ? La masse pour le calcul de la part d'enfant le moins prenant n'étant que de 55.000 francs, le conjoint ne peut prétendre qu'au sixième de cette somme, soit à 9.166 francs 66 centimes. Et sa donation par contrat de mariage va se trouver frappée de réduction pour le surplus de cette somme.

On a prétendu que cette solution était inadmissible (25), car elle était contraire au principe de l'irrévocabilité des donations. Mais nous croyons que ce principe n'est vrai qu'autant que la loi permet l'exécution de la donation; dire qu'une donation est irrévocable, c'est simplement dire que le donateur ne peut plus, suivant sa volonté, reprendre le bien donné; mais ce n'est pas prétendre qu'elle n'est point réductible par suite des règles sur la quotité disponible; et il se trouve que, dans l'hypothèse considérée, le legs, diminuant la part de chaque enfant, influe sur le montant de la quotité disponible entre époux. Par suite, le legs produit bien indirectement un certain effet révocatoire de la donation. Effet qu'il paraît impossible d'écarter, car il n'est qu'une conséquence obligatoire de l'art. 1.098, aux termes duquel l'époux ne peut jamais recevoir plus que l'enfant le moins prenant.

Il est utile de remarquer, d'ailleurs, que si la libéralité faite par préciput dépassait la quotité disponible, le nouvel époux aurait le droit de demander que

(25) Pothier: « Du contrat de mariage », n° 609.

la partie réduite de la libéralité fût réunie à la masse de succession, avant le calcul de sa propre part. Cette solution s'impose; car, si l'on procédait autrement, il serait facile à l'époux remarié d'anéantir les effets d'une donation faite à son nouveau conjoint par contrat de mariage : il lui suffirait de faire des legs dépassant de beaucoup la quotité disponible de l'article 913 du Code civil.

2° *Des libéralités ont été faites à l'un des enfants, mais non par préciput.* — Quand l'époux remarié a fait à l'un de ses enfants une libéralité en avancement d'hoirie, on doit la réunir fictivement à la masse avant de calculer la part du nouvel époux. Vainement, objecterait-on que le rapport n'est dû que par le co-héritier à son co-héritier, et n'est pas dû aux légataires (art. 857 du Code civil). En effet, ce n'est pas un rapport que la femme peut exiger, c'est simplement l'application des principes généraux de calcul posés par l'article 922 du Code civil, suivant lesquels, pour déterminer le disponible, on doit réunir tous les biens donnés aux biens existants au décès⁽²⁶⁾; mais la réunion des biens donnés aux biens existants est purement fictive, et le conjoint donataire ou légataire ne peut jamais exercer ses droits sur les biens donnés. (Art. 857 et 922 du Code civil.)

(26) Remarquons que la réunion fictive à la masse de calcul des biens donnés en avancement d'hoirie ne devrait pas être faite pour calculer la part du second époux, si dans la disposition faite à ce dernier, le donateur avait spécifié qu'elle ne serait déterminée que sur les biens existant au décès.

Ainsi, Titus remarié, lègue à sa femme le quart de ses biens, et il meurt, laissant trois enfants des deux lits. A l'un d'eux, il a donné 30.000 francs en avancement d'hoirie, et il laisse seulement 6.000 francs de biens. Les droits de la femme seront du quart de 36.000 francs, c'est-à-dire de 9.000 francs, mais elle ne recevra réellement que 6.000 francs, montant des biens existant au décès. Les 30.000 francs rapportés se partageront entre les trois enfants, seuls *héritiers*, qui recevront ainsi chacun 10.000 francs, somme plus forte que celle recueillie par la seconde femme.

Cette solution s'impose à l'époux donateur lui-même, qui ne pourrait pas décider que son conjoint exercera ses droits sur les biens rapportés : la règle « Donner et retenir ne vaut » l'en empêche.

3° *Supposons maintenant qu'une libéralité excessive ait été faite au nouvel époux lui-même.* — Par exemple, ce dernier est gratifié d'un legs universel, et il existe quatre enfants nés d'un précédent mariage. Une telle libéralité doit être réduite à la quotité disponible, mais le nouvel époux doit toujours recevoir cette quotité disponible, c'est-à-dire des droits identiques à ceux de l'enfant le moins prenant. C'est cependant ce que Troplong a repoussé.

Le système de ce jurisconsulte apparaît dans l'exemple suivant présenté par lui (T. IV, n° 2.707) :

Titus, remarié en secondes noces a laissé quatre enfants d'un premier mariage ; il décède ayant 80.000 francs de biens et après avoir institué, par contrat de mariage, sa femme son héritière universelle. Le quart

formant le disponible ordinaire (?) dit Troplong, est de 20.000 francs, et la réserve de 60.000 francs, sur laquelle chacun des quatre enfants a droit, pour sa part, à 15.000 francs.

La part d'enfant le moins prenant à laquelle peut prétendre la seconde femme est donc (toujours suivant Troplong) de 15.000 francs, et l'institution contractuelle à elle faite sera réduite à cette somme. Quant aux 5.000 francs restant sur les 20.000 francs disponibles, ils sont partagés par Troplong entre les quatre enfants seulement, ce qui augmente la part de chacun d'eux de douze cent cinquante francs. Ainsi, chaque enfant prendra dans la succession 16.250 francs, alors que la femme n'aura que 15.000 francs.

Cette doctrine nous semble fausse. Cet auteur fait intervenir la quotité disponible de l'article 913 qui, selon nous, n'a rien à voir ici. L'article 1.098 doit seul être appliqué, puisqu'il y a seulement en présence des enfants et un époux.

La part d'enfant à laquelle le nouvel époux a droit doit être ici du cinquième de la succession, c'est-à-dire de 16.000 francs. Chacun des enfants prendra également cette somme.

Nous ne comprenons pas le système de Troplong qui aboutit à priver l'époux donataire d'une partie de sa donation, sans lui donner le montant de la quotité disponible de l'article 1.098. D'ailleurs, même en suivant ce système, la partie disponible après la réduction (dans l'exemple ci-dessus 5.000 francs), devrait, selon nous, être partagée entre les enfants et le nou-

veau conjoint, et non pas exclusivement entre les enfants seuls, de façon à assurer toujours à l'époux donataire, une part égale à la part de l'enfant le moins prenant. Remarquons que, par suite de ce partage des 5.000 francs, il reviendrait encore 1.000 francs à chaque intéressé, et nous retrouverions bien le chiffre total de 16.000 francs pour chacun d'eux.

B) *De l'imputation de l'avantage*. — Laissons de côté les libéralités véritables, et envisageons l'avantage résultant de conventions matrimoniales. Nous trouvons là une question très difficile, sur laquelle deux arrêts se sont prononcés en sens contradictoires : le premier, déjà critiqué longuement, rendu par la Cour de Cassation, le 27 mars 1923 (27), l'autre rendu par la Cour de Nancy, le 25 février 1891 (28).

Pour la Cour suprême, l'avantage résultant de la confusion du mobilier et des dettes se transforme en libéralité imputable sur la quotité disponible, quand il y a des enfants d'un précédent mariage.

L'excédent retranché tomberait même dans la masse de succession pour être partagé comme le reste de la succession ; ce qui pourrait faire croire que la Cour de Cassation donne à l'avantage le caractère de libéralité, non pas seulement à l'égard des enfants d'un premier lit, mais même *erga omnes* ! (ce dernier point a été combattu ci-dessus, p. 49 et s.).

(27) S. 1923. 1. 201. D. 23. 1. 161.

(28) S. 1892. 2. 65. Note de M. Bourcart ; D. 93. 2. 169. Note de M. Planiol.

Pour la Cour de Nancy, au contraire, l'avantage résultant de la confusion du mobilier et des dettes ⁽²⁹⁾ reste une convention entre associés, réductible sans doute à la quotité disponible de l'article 1.098, mais qui, n'étant *jamais une libéralité*, ne doit ni intervenir pour le calcul de la quotité disponible ordinaire, ni s'imputer sur cette quotité disponible. Ainsi donc, même si l'avantage pour le nouveau conjoint atteint la quotité disponible de l'art. 1.098, la Cour de Nancy permet à l'époux remarié de disposer encore au profit d'autres personnes, de la *totalité* de la quotité disponible ordinaire de l'article 913. Cela conduit au cumul des quotités disponibles.

En somme, la solution de la question de l'imputation de l'avantage sur la quotité disponible dépend essentiellement de la nature juridique que l'on reconnaît à l'avantage résultant des conventions matrimoniales.

On connaît déjà notre opinion sur l'arrêt de la Cour de Cassation du 27 mars 1923 : il conduit à faire profiter du bénéfice de l'action en retranchement certains donataires ou légataires, alors que l'action ne doit protéger que les enfants.

Quant à l'arrêt de la Cour de Nancy du 25 février 1891, il est critiqué d'une façon presque unanime : en refusant l'imputation de l'avantage sur la quotité disponible, il peut porter atteinte à la réserve des enfants, système contraire à l'esprit de la loi ⁽³⁰⁾.

(29) On pourrait sans doute généraliser en disant tout avantage résultant des conventions matrimoniales.

(30) M. Planiol, dans la note précitée, fait remarquer que la Cour de Nancy a eu principalement pour but d'éviter la consé-

En présence de ces deux arrêts apparemment contraires, dans lesquels nous ne voyons aucun principe définitif, mais que l'on doit plutôt tenir pour des solutions de cas d'espèces, nous rappelons que nous sommes d'avis d'adopter la solution suivante :

Au regard des enfants d'un premier lit (et des autres enfants également, en vertu du principe d'égalité de l'article 745 du Code civil), l'avantage doit être considéré comme une libéralité ordinaire; de telle sorte que l'époux remarié ne peut, tant par cet avantage que par des dons ou legs, priver ses enfants d'une somme dépassant pratiquement la plus forte des quotités de biens dont il peut disposer au profit du conjoint et au profit d'étrangers. Mais vis-à-vis de toutes autres personnes que les enfants, l'avantage doit rester une convention entre associés, de telle sorte que les donataires ou légataires du défunt ne puissent recevoir plus qu'ils n'auraient reçu si l'action en retranchement

quence fâcheuse suivante : à la suite d'un second mariage, la quotité de biens dont peut disposer le conjoint veuf avec enfants peut être absorbée d'un seul coup par l'avantage que la communauté légale procure à son second conjoint; ainsi il se verra privé de tester efficacement, uniquement parce qu'il s'en sera remis à la loi pour régler ses conventions matrimoniales, et sera victime de la confiance qu'il aura eue dans le législateur. Sans doute ce danger n'est pas chimérique; nous l'avons déjà signalé; mais une telle inexpérience, lors d'un second mariage surtout, est inconcevable; et l'absence de contrat est presque toujours l'effet d'une spéculation quand l'un des conjoints est riche mobilièrement. Sans doute, pourrait-on imaginer une succession mobilière très forte recueillie pendant le mariage. Mais dans la grande majorité des cas, elle était attendue ou convoitée. On ne peut soutenir que l'avantage est l'effet du hasard, et que la quotité disponible est absorbée sans qu'on s'en doute : on sait très bien quand l'on fait des cadeaux!

n'avait pas eu lieu. (Par exemple en cas de renon-
ciation des enfants du lit précédent.)

Dans la section suivante, nous donnerons des exem-
ples pratiques de l'imputation de l'avantage telle
que nous la comprenons, en traitant du non-cumul et
du concours des quotités disponibles.

De tout l'exposé qui précède, il résulte que, pour le
calcul de la quotité disponible, il faut réunir fictive-
ment à la masse des biens prévue par l'article 922 le
montant de l'avantage déterminé d'après les règles
indiquées dans le paragraphe précédent.

Voici un exemple :

Titus décède, laissant sa deuxième épouse et quatre
enfants nés des deux lits. L'actif de la communauté
légale s'élève à 200.000 francs, dont 40.000 francs pro-
viennent d'apports mobiliers du défunt et 20.000 de
la deuxième femme.

La liquidation des droits doit s'effectuer ainsi :

a) *Liquidation de la Communauté :*

Actif de communauté, 200.000, ci	200.000 fr.
	1/2
Dont moitié pour chaque époux est de ..	100.000 »

b) *Calcul de l'avantage indirect :*

Titus ayant apporté en communauté 40.000	
francs, ci	40.000 »
Et sa deuxième femme seulement 20.000, ci.	20.000 »
Différence à reporter	20.000 »

	Report.	20.000	»
On voit que Titus a apporté en plus.....		20.000	»
Ce qui procure à la deuxième femme un avantage indirect de moitié, soit de 10.000	1/2		
francs, ci		10.000	»

c) *Calcul de la quotité disponible, art. 1.098:*

L'actif de la succession de Titus comprend uniquement la moitié lui revenant dans le partage de la communauté, c'est-à-dire 100.000 francs, ci....	100.000 fr.		
<i>Auquel il faut réunir fictivement le montant de l'avantage</i> (considéré comme une libéralité vis-à-vis des enfants) au profit de la deuxième femme, et qui s'élève à 10.000 francs, ci	10.000	»	
Ce qui donne une masse de calcul totale de 110.000 francs, ci	110.000	»	
Dont le cinquième constitue la quotité disponible au profit de la veuve, ci	22.000	»	

Son avantage étant de 10.000 francs, on voit que la quotité disponible au profit de la nouvelle femme, dans notre exemple, n'est pas dépassée. Elle en peut garder l'entier bénéfice.

¹ C) *Ordre de réduction des libéralités.* — Lorsque le défunt ayant des enfants d'un premier lit a fait des dispositions entre vifs ou testamentaires, avec dispense de rapport, et que le retranchement peut être demandé, il y a lieu d'appliquer l'article 923

du Code Civil pour connaître l'ordre dans lequel doivent être réduites les différentes libéralités du défunt. Nous pensons ainsi : 1° Que l'avantage résultant du convol doit passer avant toutes les dispositions testamentaires, quelles que soient leurs dates ; 2° Que ce même avantage doit être traité comme une donation entre vifs, ayant pour date le contrat de mariage, s'il en existe un, et comme une donation faite à la date du mariage, si les époux se sont mariés sans contrat. Nous ne connaissons pas de jurisprudence sur cette question.

Ainsi, nous avons exposé comment doit se calculer la quotité disponible de l'article 1.098 et nous avons dit que l'avantage doit s'imputer sur la quotité disponible. Nous allons maintenant montrer de quelle manière on doit faire cette imputation et comment on doit la concilier avec les règles du concours et du non-cumul des quotités disponibles.

Section II. — De l'application des règles du non-cumul et du concours des quotités disponibles.

1° *L'époux donateur a contracté plusieurs unions nouvelles et a fait des libéralités à chacun de ses nouveaux conjoints.*

Il s'agit de savoir si l'époux veuf ou divorcé, qui a des enfants d'un premier lit, et qui contracte plusieurs unions nouvelles, peut disposer au profit de chacun de ses nouveaux conjoints d'une part d'enfant, à con-

dition de ne pas dépasser la quotité disponible ordinaire ; ou bien, au contraire, s'il ne peut disposer que d'une part d'enfant le moins prenant au profit de l'ensemble de ses nouveaux conjoints pris collectivement.

Dans l'ancien droit, il ne pouvait y avoir aucun doute sur cette question, en raison des termes mêmes de l'Edit de 1560 : « ...ne peuvent donner à *leurs nouveaux maris* plus qu'à un de leurs enfants... »

Ce qui montre bien que l'on ne pouvait donner qu'une part d'enfant à tous les nouveaux maris pris collectivement, et non pas une part d'enfant à chacun des nouveaux maris. Ricard et Pothier en décidaient bien ainsi.

Mais sous le Code civil, la question a été controversée. En effet, l'article 1.098 dit : « L'homme ou la femme... ne pourra donner à son *nouvel époux*... ». Aussi, avant que la jurisprudence se prononce, plusieurs systèmes ont été proposés.

On a prétendu que le veuf ou la veuve ayant des enfants d'un premier lit, qui contracte plusieurs nouvelles unions, pouvait donner à chacun de ses nouveaux conjoints une part d'enfant le moins prenant, à la condition toutefois que l'ensemble des libéralités n'excédât pas la quotité disponible ordinaire de l'article 913 du Code civil. (Système de M. Duranton, cité par Rafin, op. cit. p. 94.)

Ainsi, Titus, veuf avec un seul enfant, donne irrévocablement à sa seconde épouse Secunda, le quart de ses biens ; il divorce et lègue à Tertia, sa troisième

femme, un autre quart de sa fortune. Avec le premier système indiqué, ces deux libéralités peuvent s'exécuter : Secunda et Tertia n'auront reçu chacune que le quart des biens de la succession (art. 1.098), et Titus n'aura disposé que de la moitié de ses biens, ce qui lui était permis par l'article 913.

Avec un autre système d'interprétation, on soutient que l'époux remarié plusieurs fois peut donner à chacun de ses nouveaux conjoints successivement une part d'enfant, avec la restriction que toutes ces donations de parts d'enfants, faites aux nouveaux conjoints, ne doivent pas au total excéder le quart des biens, car l'article 1.098 stipule que, *dans aucun cas*, les donations ne peuvent excéder le quart des biens de l'époux remarié. (Système de MM. Demante et Colmet de Santerre, cité par Rafin, p. 95.)

Ces deux systèmes nous semblent à rejeter. Nous croyons que le Code n'a permis de donner aux nouveaux époux qu'une part d'enfant. Une autre solution aurait pour effet de préjudicier davantage aux intérêts des enfants du premier lit, quand, après un second mariage leur auteur en contracte un troisième et un quatrième. Enfin, si le texte de l'art. 1.098 ne dit pas « à ses nouveaux époux », il ne dit pas non plus « à chacun de ses nouveaux époux ». L'expression *à son nouvel époux* qu'il emploie, nous semble une expression collective qui peut comprendre tous les nouveaux conjoints. Il est vrai que l'article 1.098 ajoute : « sans que dans aucun cas, ces *donations* puissent excéder le quart des biens ». Mais il n'en résulte pas, selon nous, qu'il

suppose plusieurs donations successivement faites à de nouveaux époux; et les mots « ces donations » peuvent signifier seulement le genre de donations dont il est question.

Nous pensons donc que tous les nouveaux époux ne peuvent recevoir ensemble, au delà d'une part d'enfant le moins prenant, sans que cette part puisse dépasser le quart de la succession; et que, si la totalité de cette part a été donnée irrévocablement à un second époux, il n'y a plus de disponible pour le troisième.

2° Non-cumul mais concours possibles des quotités disponibles des articles 913 et 1.098 du Code Civil.

Il est admis unanimement aujourd'hui que les quotités disponibles des articles 913, 1.094 et 1.098 du Code civil ne se cumulent pas. C'est ce qui a été rappelé par l'arrêt précité de la Cour de Cassation du 27 mars 1923 et plus récemment encore par un arrêt de la cour de Montpellier du 25 janvier 1929 ⁽³¹⁾ Nous ne voulons pas reprendre ici toutes les discussions qui sont nées au sujet du cumul ou du non-cumul des

(31) Dans un autre ordre d'idées, cet arrêt a rejeté la thèse insidieuse suivant laquelle, pour le calcul de la quotité disponible de l'art. 913, le second époux devrait être considéré comme un enfant. Cet arrêt a admis justement contre cette prétention spécieuse que la réserve, institution créée au profit des héritiers en ligne directe, ne doit être déterminée qu'en considération du nombre de ces héritiers. Et que, si le second époux doit être considéré comme un enfant pour déterminer la part revenant à l'enfant légitime le moins prenant, cette fiction n'a pas pour effet de modifier l'établissement de la réserve et de la quotité disponible ordinaire de l'art. 913 (V. j. des not., 20 sept. 1929, page 697, les obs. de M. Demontès, professeur à Caen).

quotités disponibles, mais nous allons montrer, dans différentes hypothèses et par quelques exemples, comment ces quotités disponibles peuvent se combiner et comment l'avantage peut s'imputer sur la quotité disponible la plus forte.

Première hypothèse. — Imputation de l'avantage supposé inférieur à la quotité disponible.

Voici une situation dans laquelle nous envisagerons différents cas :

Titus décède laissant : sa femme, en secondes noces, et 4 enfants nés des deux lits. L'actif de la communauté légale s'élève à 200.000 francs, dont 40.000 proviennent d'apports mobiliers du défunt et 20.000 d'apports mobiliers de la seconde femme.

On a déjà vu ci-dessus que dans cette espèce la quotité disponible de l'article 1.098 s'élevait à 22.000 fr., et que le montant de l'avantage au profit de la seconde femme était de 10.000 francs (infra, p. 152 et 153).

Ceci posé, envisageons les cas suivants :

1^{er} cas. — *Le défunt n'a fait aucun don et aucun legs.*
— C'est la situation la plus simple, elle donnera lieu seulement à l'imputation du montant de l'avantage sur la valeur de l'usufruit légal de l'article 767.

Nous disons : l'actif de succession comprend la moitié de la communauté, soit 100.000 francs,

ci 100.000 fr.

Auquel il faut réunir fictivement le

montant de l'avantage, soit 10.000, ci.. 10.000 »

A reporter : 110.000 »

	Report:	110.000	»
Par conséquent la masse de calcul de l'usufruit légal est de 110.000 fr., ci....		110.000	»
Sur laquelle le conjoint, s'il n'avait pas déjà été avantagé, aurait droit à l'usufruit d'une part d'enfant le moins prenant, c'est-à-dire du cinquième, soit 22.000 francs, ci.....		1/5 22.000	»

Mais étant donné que le nouveau conjoint a déjà reçu un avantage de 10.000 francs en toute propriété, ce qui représente, nous le supposons, l'équivalent d'un usufruit de 21.000 francs ⁽³²⁾, on voit que le conjoint ne peut plus recevoir que l'usufruit réel de 1.000 francs. (La différence entre le montant de son usufruit légal 22.000 francs, et cette somme de 1.000 francs, soit 21.000 francs, ayant été reçue sous forme d'avantage à lui fait, en toute propriété, par suite du régime adopté).

Dans l'exemple considéré, le conjoint recevra donc:

- 1° La moitié de la communauté, soit 100.000 francs,
ci 100.000 fr.
- 2° Et l'usufruit de 1.000 francs.

Les quatre enfants se partageront le sur-

plus; ils recevront donc en toute pro-

priété 99.000 francs, ci..... 99.000 »

A reporter: 199.000 »

(32) Compte tenu de l'âge et de l'état de santé du conjoint. Cette évaluation de la toute-propriété en usufruit n'est l'objet d'aucune règle légale. Elle est donc laissée en dernier ressort à

	Report :	199.000	»
Et en nue-propriété 1.000 francs, ci.		1.000	»
Total égal à la masse à partager: 200.000			
francs, ci		200.000	»

Le nouvel époux conserve ainsi l'avantage résultant du régime légal, et il a droit en outre, à une partie de l'usufruit de l'article 767, puisque le montant de son avantage représente une valeur inférieure au montant de cet usufruit légal.

Si l'avantage de 10.000 francs en toute propriété résultant des conventions matrimoniales représentait une valeur égale à l'usufruit de la somme de 22.000 francs prévu par l'article 767, le conjoint ne recevrait aucun droit en usufruit, puisque l'avantage aurait absorbé la totalité du droit d'usufruit légal.

2^e cas. — *Le nouvel époux est lui-même donataire ou légataire.* — Le nouvel époux conserve intégralement le montant de son avantage, et pourra recevoir, en outre, le don ou legs à lui fait, dans la mesure où l'ensemble de l'avantage et des libéralités ne dépasse pas la quotité disponible de l'article 1.098. Ainsi, toujours dans l'exemple donné, si la veuve était légataire ou donataire, elle pourrait recevoir :

- 1^o Sa moitié de communauté, soit 100.000 francs ;
- 2^o Et encore un don ou un legs jusqu'à concurrence

l'appréciation des tribunaux. On souhaiterait des règles précises de conversion qui seraient peut-être arbitraires, mais qui éviteraient des procès en cas de désaccord entre intéressés.

de 12.000 francs en toute propriété, à prendre dans les 100.000 francs montant de la succession de son mari.

Les 12.000 francs ainsi donnés ou légués et les 10.000 francs montant de l'avantage indirect conservé, formeraient une somme de 22.000 francs, montant de la quotité disponible; il ne pourrait plus alors être question d'usufruit légal. Les quatre enfants se partageraient le surplus de la succession.

3^e cas. — *L'époux remarié a fait des dons ou des legs à d'autres qu'à son nouveau conjoint.* — Si l'on suppose, par exemple, toujours dans la situation imaginée ci-dessus, que Titus ait institué un légataire universel, comment liquider les droits de chacun?

En appliquant la jurisprudence de la Cour de Cassation concernant les concours des quotités disponibles, jurisprudence adoptée récemment par l'arrêt de la Cour de Montpellier, du 25 janvier 1929 (33) et en considérant que, selon nous, l'avantage prend au regard des enfants le caractère d'une libéralité véritable, imputable sur la quotité disponible, mais conserve, à l'égard de tous autres, le caractère de conventions entre associés non imputables sur ladite quotité, nous arrivons au résultat suivant :

La quotité disponible au profit du nouveau conjoint étant de 22.000 francs (le cinquième de 110.000 francs, voyez ci-dessus) et la quotité disponible ordinaire (art.

(33) Aux termes de cette jurisprudence, les quotités disponibles des art 913, 1.094 et 1.098 C. Civ. ne se cumulent pas, mais peuvent se combiner dans la mesure de la quotité disponible la plus forte, à condition que chacun des gratifiés ne reçoive pas plus que ce que la loi permet de lui donner.

913), étant de 27.500 francs (le quart de 110.000), nous imputons l'avantage sur le montant de la quotité disponible la plus élevée en disant : la quotité disponible la plus forte étant de 27.500 francs, ci 27.500 fr.

Il y a lieu d'imputer sur elle le montant de l'avantage fait au nouveau conjoint, puisque cet avantage doit passer avant le legs universel, étant considéré comme un don entre vifs ayant le mariage pour date, ci 10.000 »

Balance faite, il ne reste disponible pour le légataire universel, que 17.500 francs (34),
ci 17.500 »

Par suite, les droits des parties seront fixés de la façon suivante :

1° *L'époux survivant* recevra la moitié de l'actif de la communauté, c'est-à-dire 100.000 fr.,
ci 100.000 fr.

Il garde bien ainsi l'avantage de 10.000 francs résultant des conventions matrimoniales ; mais nous ne lui accordons aucun droit d'usufruit légal, puisque ce droit est réputé supprimé par l'institution d'un légataire universel)

A reporter: 100.000 »

(34) Nous faisons remarquer que nous imputons sur la quotité disponible la plus forte, la totalité de l'avantage fait au nouveau conjoint, puisque nous avons supposé et pris un exemple tel que cet avantage pouvait être conservé entièrement par le conjoint, étant inférieur à la quotité disponible de l'art. 1098. Voir ci-après notre deuxième hypothèse pour le cas contraire.

	Report :	100.000 »
2° <i>Le légataire universel</i> prendra la partie restant disponible ci-dessus déterminée, soit 17.500 francs, ci		17.500 »
3° <i>Et les quatre enfants</i> prendront chacun par quart les 82.500 francs formant leur réserve aux termes de l'article 913 (les trois quarts de 110.000 francs), ci..		82.500 »
Total égal à la masse à partager :	200.000 francs, ci	200.000 »

Deuxième hypothèse. — Le montant de l'avantage fait au nouveau conjoint est supérieur à la quotité disponible de l'article 1.098. — Retranchement et imputation de l'avantage.

Nous allons, comme pour l'hypothèse précédente, supposer un cas concret, et le résoudre en imaginant les principales situations qui peuvent se présenter.

Titus meurt, laissant sa veuve en deuxième noccs et 4 enfants nés des deux lits : la communauté légale s'élève à 200.000 francs dont 100.000 francs proviennent d'apports mobiliers du défunt et 20.000 francs d'apports mobiliers de la femme.

La communauté revient (sauf retranchement), pour une moitié, soit 100.000 francs à la veuve, et pour l'autre moitié, à la succession ; et on trouve en appliquant les règles indiquées par nous, que, dans ce cas, l'avantage indirect s'élève à 40.000 francs et que la quotité

disponible de l'article 1.098 est seulement de de 28.000 francs.

Comment doit être effectué le retranchement ?

1^{er} cas. — *Le défunt n'a fait aucun don ou legs.*

Le montant de l'avantage étant de 40.000 francs,

ci 40.000 fr.

Et la quotité disponible n'étant que de

28.000 francs, ci 28.000 »

On voit que l'avantage excède la quotité

disponible de 12.000 francs, ci..... 12.000 »

Somme qu'il faudra retrancher des droits de la veuve dans la communauté et ajouter à l'actif de la succession du défunt.

La veuve ne pourra donc recevoir que

(100.000 fr. — 12.000 fr.), soit 88.000 fr. 88.000 »

Et les enfants se partageront le montant

de l'actif de succession (100.000 fr.), au-

quel est réuni le montant du retranche-

ment de l'avantage fait à la veuve

(12.000 francs), soit la somme de 112.000

francs, ci..... 112.000 »

Chaque enfant recevra ainsi 28.000 francs.

Total égal 200.000 »

Nous faisons remarquer : a) que chaque enfant se trouve recevoir 28.000 francs, somme qui est précisé-

ment égale à celle conservée par la veuve sur le montant de son avantage ; b) que la veuve ne conserve bien son avantage que dans la mesure où le permet l'article 1.098 ; c) qu'il ne saurait être question de donner à la veuve des droits d'usufruit en vertu de l'article 767, puisque la veuve a déjà reçu, par la partie de l'avantage qu'elle conserve, la totalité de la quotité disponible à son profit.

2^e cas. — Le nouveau conjoint avantagé est en outre donataire ou légataire du défunt. — Il est évident en pareil cas, que, quelles que soient les dispositions prises par le défunt (don ou legs), les droits du nouveau conjoint ne pourront jamais être supérieurs à ceux trouvés dans la situation précédente, puisque l'avantage dépassant déjà, à lui seul, la quotité disponible, a dû être réduit.

3^e cas. — Le défunt a fait des dons ou des legs à d'autres qu'à son nouveau conjoint. — Supposons par exemple, toujours dans la situation proposée, que Titus ait institué un étranger légataire universel.

En appliquant les principes déjà donnés, et en faisant remarquer que la quotité disponible de l'article 913 du Code civil (la plus forte dont le défunt pouvait disposer) est de 35.000 francs (le quart de 140.000), et que par suite la réserve des enfants est de 105.000 francs, nous liquidons de la façon suivante :

L'avantage fait au conjoint doit s'imputer sur la quotité disponible la plus élevée, mais dans la me-

sure seulement *d'une part d'enfant légitime le moins prenant* (35).

Nous disons donc :

Les trois quarts représentant la réserve héréditaire étant de 105.000 francs, les droits de réserve pour chacun des quatre enfants s'élèvent à 26.250 francs. Cette somme représente la part d'enfant légitime le moins prenant, et en même temps la somme que le nouvel époux pourra conserver sur son avantage.

Par suite, la quotité disponible la plus élevée étant de 35.000 francs, ci 35.000 fr.

En imputant sur cette somme la part d'enfant légitime le moins prenant que pourra conserver le nouveau conjoint, soit 26.250 francs, ci 26.250 »

On constate qu'il reste disponible pour le légataire universel la somme de 8.750 francs, ci 8.750 »

Le montant de l'avantage de la veuve étant de 40.000 francs, ci 40.000 »

Et la part qu'elle pourra conserver sur son avantage n'étant que de 26.250 francs, ci. 26.250 »

On voit que son avantage dépasse la quotité disponible de 13.750 francs, ci. 13.750 »

(35) Nous attirons particulièrement l'attention sur ce point; dans le cas envisagé, la présence d'un légataire universel va diminuer les droits des enfants, donc diminuer aussi la partie de l'avantage que peut garder le nouvel époux. L'imputation, dans cette hypothèse, est donc différente de celle opérée dans la précédente.

Somme qui devra être retranchée des droits de la veuve dans la communauté, pour être ajoutée à l'actif de succession du défunt.

Ainsi donc, les droits de la veuve s'élèvent à 100.000 francs, moitié de l'actif de communauté, moins la somme de 13.750 francs, montant du retranchement, c'est-à-dire à la somme de 86.250 francs,

ci	86.250 »
----------	----------

La succession comprendra la moitié de la communauté, soit 100.000

francs, ci	100.000 fr.
------------------	-------------

A laquelle on ajoute le montant du retranchement,

soit 13.750 francs, ci....	13.750 »
----------------------------	----------

Soit ensemble

113.750 francs, ci	113.750 »
--------------------------	-----------

Cet actif reviendra pour 8.750 francs au

légataire universel, ainsi qu'on l'a vu

ci-dessus, ci	8.750 »
---------------------	---------

Et les enfants se partageront le montant

de la réserve calculée ci-dessus, soit

105.000 francs, ci	105.000 »
--------------------------	-----------

Ce qui fera pour chaque enfant 26.250 francs,

Total égal à la masse à partager: 200.000

francs, ci	200.000 »
------------------	-----------

Nous faisons remarquer à l'appui de cette liquidation chiffrée :

a) Que la partie de l'avantage conservé par la veuve est bien égale à une part d'enfant le moins prenant (art. 1.098).

b) Que les enfants reçoivent bien les trois quarts de l'actif, c'est-à-dire le montant de leur réserve (art. 913).

c) Que si le légataire universel reçoit quelque chose alors que le défunt avait fait un avantage *antérieur* à son legs et dépassant lui-même la quotité disponible, c'est parce que cet avantage ne peut être opposé au légataire universel que dans la mesure où il est supporté par les héritiers réservataires.

Nous pourrions imaginer d'autres situations encore plus compliquées :

La présence d'enfants naturels ; l'existence de dons irrévocables faits par l'époux à un précédent conjoint dont il serait divorcé... Mais nous pensons que le lecteur est assez éclairé par les exemples qui précèdent et qui donnent, selon nous, une suffisante application des principes, sans avoir à poursuivre davantage l'étude pratique de la protection des enfants du premier lit en promenant plus longtemps le lecteur dans le labyrinthe.

CONCLUSION

En parcourant cette étude, ou même seulement son sommaire, on a pu juger de la complexité des problèmes soulevés par la protection légale des enfants nés d'un premier mariage. C'est un domaine où l'on pourrait inscrire à l'entrée « *Extrictio labyrinthi* », et imaginer dix clefs et trois fils pour conduire le visiteur.

Le principe des articles 1.098, 1.496 et 1.527 du Code civil est discuté.

On dit ⁽³⁶⁾ : le danger contre lequel la loi donne des armes défensives est illusoire : il part du principe non conforme à la réalité, suivant lequel les seconds ou ultérieurs mariages sont contractés par des gens poussés par une passion aveugle qui fait oublier les devoirs de paternité ou de maternité. Qu'il nous suffise d'opposer à cette opinion trop optimiste le préambule de l'Edit de secondes noces ⁽³⁷⁾. D'ailleurs, en supposant même que, dans la plupart des cas, les articles 1.098, 1.496 et 1.527 n'aient pas à intervenir, l'utilité

(36) M. Emile Rafin, op. cit., p. 153.

(37) Bien avant 1560, on s'apercevait déjà que les femmes veuves « mettaient souvent en oubli le devoir de nature envers leurs enfants, bien qu'elles devroient par tous moyens s'évertuer à leur faire double office de père et de mère », et rien ne permet de soutenir qu'il y a eu, depuis, un changement sur ce point.

de ces textes n'en apparaîtrait pas moins pour éviter les conséquences de faiblesses toujours possibles.

On peut objecter que les mesures de protection prises par la loi sont inefficaces; ce qui est souvent vrai. Mais cette critique pourrait être adressée à l'institution même de la réserve héréditaire, telle qu'elle existe: la preuve des dissimulations de celui qui veut y faire échec est souvent, en effet, difficile, coûteuse, ou même impossible à établir, et la réserve n'empêche évidemment pas la dilapidation des fortunes ou les placements à fonds perdus. Mais est-ce suffisant pour la condamner?

On a remarqué encore que le retranchement n'est pas fréquemment demandé (38); ce qui a fait dire que la protection de la loi était inutile. Mais une bonne législation ne doit-elle pas donner des armes pour se défendre contre tous les dangers, sans se préoccuper des gens qui n'en font point usage ? D'ailleurs, quand le retranchement n'a pas lieu, c'est souvent par suite de l'ignorance dans laquelle se trouvent les intéressés ou pour éviter des recherches difficiles et des procès.

Voilà trois sortes de critiques sur le principe de la protection. On voit qu'elles sont liées aux questions mêmes d'utilité et d'efficacité d'une réserve héréditaire. Nous ne voulons pas reprendre ici toutes les discussions qui sont nées au sujet de cette institution traditionnelle en France. Mais tous ceux qui sont parti-

(38) Ce qui explique le petit nombre de décisions judiciaires sur cette question.

sans de la maintenir trouveront que les reproches ci-dessus indiqués ne peuvent frapper efficacement.

C'est surtout le système de protection, tel qu'il existe, qui peut être l'objet des plus vives critiques :

On peut reprocher à la loi d'établir en cette matière un droit compliqué. N'est-il pas illogique, en effet, de permettre le mélange des fortunes mobilières pour ensuite en imposer l'analyse à une époque où, précisément, la plupart de ses éléments, ayant disparu, échapperont à toute investigation ? Et il est indiscutable que l'adoption du régime légal, par la confusion qu'il implique, ne peut que favoriser les avantages indirects et rendre très délicat le calcul de l'avantage. Ces remarques conduiraient, en cas de secondes noces, à interdire tout mélange des fortunes mobilières, à restreindre ainsi la liberté des conventions matrimoniales, ou même à établir un régime obligatoire. Solution bien peu traditionnelle. Et d'ailleurs, quel régime prescrire pour les remariages ?

Nous écarterions la séparation de biens contractuelle, qui, en présentant l'avantage théorique de laisser distinctes les fortunes des époux, irait contre le but recherché : nul régime, en effet, ne rend plus aisées, les fraudes de toutes sortes ; et les présomptions de propriété, insérées généralement dans les contrats de mariage stipulant un tel régime, permettent trop facilement de faire passer les biens d'un époux dans le patrimoine de l'autre. Une « séparation de biens légale » ne présenterait pas ce dernier inconvénient, mais rendrait toujours faciles les donations déguisées.

On pourrait alors penser à rendre obligatoire le régime dit de la communauté de biens réduite aux acquêts ⁽³⁹⁾. Mais il faudrait, dans cette hypothèse, pour écarter d'une façon certaine les recherches difficiles, que l'on tendrait à supprimer, et pour assurer une protection efficace, prescrire la constatation des apports et son contrôle ! Solution théorique.

En présence de toutes ces difficultés, on a trouvé une solution plus simple ⁽⁴⁰⁾. M. Rafin a proposé d'établir une seule quotité disponible entre époux, sans distinguer les premiers des seconds mariages, et de décider que les enfants du premier lit n'auront pas plus l'action en retranchement des avantages matrimoniaux indirects au profit du nouvel époux que les enfants communs eux-mêmes.

Il suffirait de supprimer les articles 1.098, 1.496 et 1.527, l'article 1.094 fixant alors la quotité disponible entre époux dans toutes les hypothèses.

La première partie de ce système nous paraît très acceptable ; elle aurait principalement pour effet de rendre plus forte la quotité disponible au profit d'un nouvel époux ; ce qui est souhaitable lorsqu'il existe de nombreux enfants ⁽⁴¹⁾. Mais nous repoussons la deuxième partie de la réforme proposée : elle abolit les articles 1.496 et 1.527, et résout le problème

(39) Certains voudraient même en faire le régime légal français. *Journal des Notaires et des Avocats*, 5 nov. 1929, art. de M. L. Maguet.

(40) M. Emile Rafin, *op. cit.*, p. 154.

(41) On a montré ci-dessus qu'en présence de neuf enfants, la quotité disponible de l'art. 1.098 tombait au dixième de la succession et parfois au-dessous.

de la protection des enfants du premier lit par sa suppression ! Nous estimons qu'il faudrait toujours assurer l'efficacité relative de la réserve établie, quelle qu'elle soit, par le maintien des articles 1.496 et 1.527, ou par des textes similaires (42), ce qui laisserait toujours subsister les difficultés d'ordre pratique rencontrées, malgré l'unification de la quotité disponible entre époux.

Quoi qu'il en soit, nous pensons qu'il serait puéril de renouveler l'expérience qui a précédé l'Edit de 1560. Nous croyons que l'on doit désirer surtout la précision et l'unité jurisprudentielles sur les points douteux : Selon nous, c'est la seule innovation souhaitable.

Le système actuel du retranchement, avec des méthodes de calcul certaines, constituera la plus souple et la plus parfaite des protections que l'on puisse imaginer.

A moins de faire sienne la conception traditionnelle anglo-américaine, et d'abolir la réserve héréditaire, en instaurant la liberté absolue de tester, il faut garder l'unité du système successoral actuel, maintenir la protection des enfants nés de précédents mariages, et éviter des changements partiels dans les institutions dont les siècles ont modelé les contours.

(42) Nous avons d'ailleurs toujours trouvé illogique que dans le Code Civil des textes analogues aux art. 1496 et 1527 n'assurent pas une application plus stricte de l'art. 1094. Il nous semble étrange que la loi crée, d'une part, une réserve, et permette, d'autre part, d'y faire ouvertement plus ou moins complètement échec. Ceci s'expliquait au moyen âge (Voir supra). Nous n'en voyons plus la raison d'être aujourd'hui.

Vu : Le Président,
CAPITANT

Vu : Le Doyen,
H. BERTHÉLEMY.

Vu et permis d'imprimer :
Le Recteur de l'Académie de Paris,
S. CHARLETY.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION

Pages

I. — Préliminaires	3
II. — Des avantages autres que les donations résultant, pour l'un des époux, des conventions matrimoniales	5
III. — L'esprit du Code civil en matière de mariage.	14

PREMIERE PARTIE

ETUDE THÉORIQUE DES ARTICLES 1.098, 1.496 ET 1.527 DU CODE CIVIL:

CHAPITRE PREMIER. — <i>De la faculté de disposer envers un second époux</i>	21
§ I. — De la quotité disponible entre époux en cas d'existence d'enfant d'un précédent mariage ..	21
§ II. — Des conditions d'ouverture de l'action en retranchement	27
§ III. — De ceux qui peuvent exercer l'action en retranchement et en profiter	36
CHAPITRE DEUXIÈME. — <i>Des textes qui tendent à assurer le respect de la restriction de disposer envers un second époux</i>	67
§ I. — Les articles 1.496 et 1.527 dans leur principe et leurs conséquences	67
§ II. — Des hypothèses dans lesquelles apparaît un avantage sujet à retranchement	77
Section I. — De la non-influence de l'intention libérale	77
Section II. — Des avantages sujets à retranchement que l'on peut trouver dans une communauté légale	79

	Pages
Section III. — Des avantages sujets à re- tranchement que l'on peut rencontrer par suite de stipulations conventionnelles.	85
En particulier :	
a) Du partage des économies.....	89
b) De l'abandon des revenus à son mari, par une femme dotale ou séparée de biens	92
c) Des clauses de prélèvement et des legs d'option	97
d) De la renonciation à la communauté par une femme ayant des biens résér- vés en vertu de la loi du 13 juillet 1907.	103
§ III. — Des moyens de preuve de l'avantage...	105

DEUXIEME PARTIE

DES MODES DE CALCUL ET DE LIQUIDATION EN CAS D'APPLICATION DES ARTICLES 1.098 ET 1.496 OU 1.527 DU CODE CIVIL :

<i>Préliminaires</i>	111
§ I. — De la détermination de l'importance de l'avantage fait au nouveau conjoint	113
Section I. — Evaluation des valeurs con- fondues	113
Biens confondus non représentés	122
Section II. — Cas où la communauté pré- sente un actif net inférieur aux valeurs confondues	130
La règle proportionnelle que nous pro- posons	133
§ II. — Des difficultés de liquidation rencontrées.	143
Section I. — Des biens sur lesquels se cal- cule le disponible de l'article 1.098	143
Section II. — Des non-cumul et du concours des quotités disponibles. Exemples de li- quidation	154
CONCLUSION	169

